

Julia Hänni

Verfassungsstruktur des Judikativen Rechts

Zur Präjudizienrezeption als Methodik
gerichtlicher Entscheidungsfindung

Unter besonderer Berücksichtigung der Grundrechte

DIKE 

MANZ 

 Nomos

Julia Hänni

Verfassungsstruktur des Judikativen Rechts

Julia Hänni

Bundesrichterin Prof. Dr. iur.

Verfassungsstruktur des Judikativen Rechts

**Zur Präjudizienrezeption als Methodik
gerichtlicher Entscheidungsfindung**

Unter besonderer Berücksichtigung der Grundrechte

DIKE 

MANZ 

 **Nomos**

HABILITATIONSSCHRIFT DER UNIVERSITÄT LUZERN

Publiziert gemäss dem Open-Access-Gold-Standard.

Die Druckvorstufe dieser Publikation wurde vom Schweizerischen Nationalfonds zur Förderung der wissenschaftlichen Forschung unterstützt.

Publiziert von:

Dike Verlag

Weinbergstrasse 41

CH-8006 Zürich

www.dike.ch

Text © Julia Hänni 2022

ISBN (Hardback): 978-3-03891-431-0 (Dike Verlag AG, Zürich/St. Gallen)

ISBN (Hardback): 978-3-214-02656-1 (Manz Verlag, Wien)

ISBN (Hardback): 978-3-7560-0383-9 (Nomos Verlag, Baden-Baden)

ISBN (PDF): 978-3-03929-021-5

DOI: <https://doi.org/10.3256/978-3-03929-021-5>



Dieses Werk ist lizenziert unter
Creative Commons Lizenz CC BY-NC-ND.



Vorwort

Die vorliegende Schrift ist in ihren Kernthesen während meiner Zeit als Assistenzprofessorin an der Universität Luzern entstanden. Ich danke der Universität für die grosszügige Forschungszeit und den Herren Prof. Dr. Bernhard Rütsche, Prof. Dr. Michele Luminati und Prof. Dr. Axel Tschentscher für die Begutachtung im Rahmen des Habilitationsverfahrens.

Unterstützt wurde ich in formeller Hinsicht, bei der Erstellung des Sachregisters und durch wertvolle Gespräche durch meine Assistierenden MLaw Lukas Meyer, B.A., B.Phil., J.D. Tienmu Ma, MLaw Frédéric Barth, MLaw Alexandre Fraikin, MLaw Leonie Riemenschnitter und MLaw Stephanie Hug. MLaw Lukas Meyer hat darüber hinaus die formelle Endbereinigung durchgeführt.

In materieller Hinsicht verdanke ich wesentliche Einblicke in die Tätigkeit des Höchstgerichts meiner Zeit als Gerichtsschreiberin (2012–2016) und als Richterin. Erst die (aus meiner Sicht) erhebliche Divergenz der praktizierten Methodik zur (privatrechtlich geprägten) klassischen Methodenlehre haben mich dazu bewogen, ihre Struktur wissenschaftlich zu erfassen. Der Umgang mit Präjudizien und insbesondere in tragenden Erwägungen enthaltene allgemeine Präjudizielle Erwägungen sind dabei Schlüssel zum Verständnis der Methodik. Hinzuweisen bleibt, dass die Erwägungen zum *Common Law* im Rahmen der Forschung erst nach Entwicklung der Kernthesen zur schweizerischen Methodik herangezogen worden sind und insofern der Veranschaulichung dienen. Ich konnte mir die Grundlagen hierzu anlässlich eines Forschungsaufenthalts an der Yale University erarbeiten. Eine Kurzfassung einiger wesentlicher Erkenntnisse der Untersuchung findet sich in Zeitschrift für Schweizerisches Recht (ZSR) 2022 I, 51 ff.

Einer Reihe von Personen bin ich zu besonderem Dank verpflichtet. Ohne die Gespräche mit ihnen wäre die Arbeit nicht möglich gewesen. Dazu gehören Prof. Dr. Dr. h.c. Jörg Paul Müller, Prof. Dr. Thomas Gächter, Bundesgerichtsschreiber Thomas Hugi Yar, Bundesgerichtsschreiber Dr. Gerold Steinmann, Fürsprecher Andreas Feller, Prof. Dr. Dr. h.c. mult. Alois Maria Haas, Bundesverfassungsrichterin a.D. Prof. Dr. Dr. h.c. mult. Gertrude Lübke Wolff sowie Dr. Andreas Zünd, Richter am EGMR.

Dem SNF danke ich für die grosszügige Ermöglichung der Publikation gemäss dem Open-Access-Gold-Standard.

Zürich, im Januar 2022

Julia Hänni

Inhaltsübersicht

Vorwort.....	V
Inhaltsverzeichnis	IX
Abkürzungsverzeichnis	XVII
 Kapitel 1: Einleitung und Gegenstand	1
I. Problemstellung.....	1
II. Betrachtung der höchststrichterlichen Rechtsprechung	7
III. Normativer Ausgangspunkt.....	18
 Kapitel 2: Fragestellung und juristische Erkenntnismodelle	23
I. Vorgehen.....	23
II. Juristische Auslegungsregeln	28
III. Grundlagen der Logik	45
 Kapitel 3: Strukturelemente des Entscheidungsprozesses	77
I. Vorüberlegungen.....	77
II. Sachverhalt – Prämissen der äusseren Wirklichkeit	95
III. Subordination – Wege der Zuordnung zur Norm	97
IV. Axiomatisierung der Normen für die Ableitung.....	104
V. Präjudizien – Folgerungsbeziehungen.....	116
VI. Präjudizien – Verwirklichung von Grundrechten.....	159
 Kapitel 4: Zusammenschau: Raum der Rechtsanwendung.....	209
I. Normative Konturen des Raums der Rechtsanwendung.....	209
II. Institutionelle Korrektur.....	235
III. Auswirkungen auf das institutionelle Gleichgewicht	244

Kapitel 5: Würdigung	251
I. Grundfragen und Grundaussagen	251
II. Zusammenfassende Würdigung	252
Literaturverzeichnis	265
Stichwortverzeichnis	283

Inhaltsverzeichnis

Vorwort.....	V
Inhaltsübersicht.....	VII
Abkürzungsverzeichnis.....	XVII

Kapitel 1: Einleitung und Gegenstand 1

I. Problemstellung.....	1
1. Strukturelemente der Entscheidungsfindung.....	1
2. Entscheidungsfindung als «Black Box» im Erkenntnisverfahren.....	1
3. Darstellung und normative Konstituierung des Raums der Rechtsanwendung...	3
4. Erfordernis einer Methodik der Entscheidungsfindung	4
5. Praktisch-pragmatische Abgrenzung zur politischen Wertung	5
6. Ziel: Beitrag zur Strukturierung des Entscheidungsfindungsprozesses	6
II. Betrachtung der höchststrichterlichen Rechtsprechung	7
1. Funktion eines höchsten nationalen Gerichts.....	7
2. Rechts- vs. Tatsachengerichte	9
3. Auslegung, Suche nach Sinn und Zweck	10
4. Ziel der Entscheidung (erste Annäherung): Für den Einzelfall richtiger und zugleich rechtsgleicher Rechtsschutz.....	12
5. Wegweisende Praxis; Rechtssicherheit und möglichst weite materielle Wahrheit.....	14
5.1 Richtigkeitsintention	14
5.2 Phänomene der Evidenz	16
III. Normativer Ausgangspunkt.....	18
1. Rechtsanwendung (Art. 1 ZGB)	18
2. Öffnung der juristischen Methode zur Verfassung	20

Kapitel 2: Fragestellung und juristische Erkenntnismodelle 23

I. Vorgehen.....	23
1. Juristisches Erkenntnisverfahren: Erfordernis der vollständigen Darstellung der Erkenntnisschritte	23
2. Normative Herangehensweise.....	24
3. Genese des Urteils: Divergenz zwischen Entscheidungsfindung und Begründung ..	25

4.	Das etablierte «Subsumtionsmodell der Rechtsanwendung» als Teilmodell	26
5.	Suche nach weiteren tragenden normativen Elementen der Entscheidfindung	27
II.	Juristische Auslegungsregeln	28
1.	Das vom Gesetzgeber Vor-Entschiedene als Ausgangspunkt	28
2.	Eingeschränkte Bedeutung der klassischen <i>canones</i>	29
3.	Auslegungsziel und Regelungsidee	33
4.	Rechtserzeugung (auch) durch Urteile	34
5.	Verfassungs- und Völkerrechtskonforme Auslegung	36
5.1	Verfassungskonforme Auslegung	36
a	Begriff	36
b	Verfassungskonforme Auslegung als Vorzugsregel	36
c	Verfassungskonforme Auslegung als Auslegungsmethode	37
d	Begründung	37
1.	Einheit der Rechtsordnung	38
2.	Normerhaltungstheorie	38
3.	Vermutung der Verfassungsmässigkeit des Gesetzes	39
e	Grenzen der verfassungskonformen Auslegung	39
5.2	Grundrechtskonforme Auslegung	40
a	Begriff	40
b	Begründung	40
c	Grenzen der grundrechtskonformen Auslegung	41
5.3	Völkerrechtskonforme Auslegung	41
a	Begriff	41
b	Begründung	42
c	Grenzen der völkerrechtskonformen Auslegung	43
6.	Von der Auslegung zur Rechtserkenntnis	44
6.1	Stellenwert und Bedeutung für die Methodik der Entscheidfindung	44
6.2	Suche nach weiteren normativen Strukturelementen	44
III.	Grundlagen der Logik	45
1.	Logik der wahrheitserhaltenden Funktion	45
1.1	Allgemein	45
1.2	Prämissen	47

1.3	Reine Deduktion?	49
a	Erfordernis der Prämissen für die Deduktion	49
b	Deduktion als wahrheitserhaltendes Schliessen	50
c	Materielle Abhängigkeit von den Prämissen	51
1.4	Justizsyllogismus	52
a	Allgemein	52
b	Gesetzliche Prämissen und gerichtliche Prämissen	55
c	Gerichtliche Entwicklung der Prämissen	56
1.5	Trennung der Subsumtion von ihrer Vorbereitung	57
1.6	Setzen von Anwendungsprämissen vs. Ableiten	58
2.	Logik der wahrheitserweiternden Funktion	59
2.1	Axiomatik	59
2.2	Abduktion	62
a	Hypothesenartige Regelbildung bei der Erstauslegung	62
b	Wahrheitserweiternde Schritte im Zusammenhang mit dem Fallrecht	63
2.3	Reduktion (Induktion)	64
a	Überblick: Zurückführen auf eine allgemeine Aussage	64
b	Fallbezogenes Verständnis der Norm	65
2.4	Analogie	67
a	Struktur des analogischen Arguments	67
b	Beschränkte Bedeutung: Analogische Erkenntnisschritte bei Lücken, Umkehrschluss und Grössenschluss	69
c	Wesentlich bedeutsamer: Analogie im Rahmen der Auslegung	71
d	Analogisches Argument und Präjudizien	74
Kapitel 3: Strukturelemente des Entscheidungsprozesses		77
I.	Vorüberlegungen	77
1.	Umkehr des Betrachtungswinkels: Anwenderperspektive	77
2.	Die hermeneutische Herausforderung	77
2.1	Sprachliche Fassbarkeit von Aussenwelt	77
2.2	Verstehensherausforderung des Rechts	79
2.3	Sprachgrenzen der juristischen Erkenntnis	81
2.4	Wertungserfordernisse	84

3.	Entwicklung rechtlicher Massstäbe zur Ableitung.....	86
3.1	Definieren des Sinngehalts.....	86
3.2	Entwickeln von Anwendungsprämissen.....	87
3.3	Ausfüllen des normativen Gestaltungsspielraums.....	88
4.	Analysegruppen.....	90
4.1	Formen der judikativen Abstraktion (Überblick).....	90
4.2	Erstauslegung und Präjudizienbildung.....	92
5.	Richtigkeitsintention.....	94
II.	Sachverhalt – Prämissen der äusseren Wirklichkeit.....	95
1.	Sachverhaltsbindung als erstes Axiom der Rechtsfindung.....	95
2.	Situativität als Element der Normerkenntnis.....	96
III.	Subordination – Wege der Zuordnung zur Norm.....	97
1.	Allgemein.....	97
2.	Unterordnung von Alltagsbegriffen unter die Rechtsbegriffe: Methodische Relevanz.....	99
3.	Unterordnung unter mehrere Normen.....	101
IV.	Axiomatisierung der Normen für die Ableitung.....	104
1.	Prozessuale Vorgeschichte.....	104
2.	Beispiele von Normkonkretisierungen.....	105
2.1	Orientierung an der Regelungs idee.....	105
2.2	Strukturierung der Verhältnismässigkeitsprüfung.....	108
3.	Gerichtliche Regelbildung.....	111
4.	Optimierung der Normkonkretisierung.....	113
V.	Präjudizien – Folgerungsbeziehungen.....	116
1.	Vergleichendes Denken.....	116
1.1	Überblick.....	116
1.2	Analogisches Schliessen und Rechtsprechung.....	116
1.3	Formen des analogischen Schliessens im <i>Common Law</i>	120
1.4	Nutzbarmachung für das kontinentale System.....	122
2.	Methodik des Fallrechts.....	123
2.1	Fragestellung.....	123
2.2	Begriffsdefinitionen: Präjudizien, Praxis, Präjudizielle Erwägungen.....	124
2.3	Verfassungsrechtliche Grundlagen.....	126

2.4	Zum Vergleich: stare decisis des US-Rechts	128
a	Präjudizienbindung und ihre Ausnahmen.....	128
b	Mandatory vs. persuasive authority.....	132
3.	Normative Wirkung von Präjudizien	135
3.1	Norm als Ausgangspunkt	135
3.2	Entwicklung von Fallentscheidungsregeln und dogmatische Erschliessung.....	137
3.3	Grade der Bindungswirkung.....	141
3.4	Stabilisierung des Entscheidungsspielraums	143
3.5	Optimierung der Präjudiziellen Erwägungen (Richtigkeitsintention).....	145
4.	Methodik der Heranziehung von Präjudizien.....	148
4.1	Rechtssatzartige oder bloss vergleichende Heranziehung	148
4.2	Äusserer Interessenkonflikt als erste Annäherung.....	150
4.3	Heranziehung der Fallentscheidungsregeln	150
4.4	Vergleich (Differenzierung und regulative Gleichsetzung)	152
4.5	Ermittlung des Gehalts des geltenden Rechts unter Rückgriff auf Präjudizien.....	152
5.	Bedeutung.....	153
5.1	Präjudizien als eigenständiges Erkenntnisformat	153
5.2	Tragweite.....	155
5.3	Tradition des <i>Case Law</i> im schweizerischen Verfassungsrecht.....	157
VI.	Präjudizien – Verwirklichung von Grundrechten	159
1.	Konkretisierung von Grundrechten	159
2.	Verfassungsunmittelbare Anwendung und flankierende Geltung.....	161
3.	Grundrechtsverwirklichung durch das Fallrecht	163
3.1	Allgemein: Überblick	163
3.2	Freiheitsrechte: Abwehrfunktion und Schutzpflichten	164
3.3	Verhältnismässigkeitsprüfung und Interessenabwägung? – Der etwas genauere Blick	169
3.4	Formen der Vergleichbarkeit.....	171
3.5	Indirekte Analogie: <i>Case Law</i> zur Eruierung der Regelungsidee	173
a	Allgemein: Analyse der bisherigen Wirkung der Norm	173
b	Soziale Grundrechte und Freiheitsrechte.....	174
c	Rechtsgleichheit.....	178

3.6 Direkte Analogie: Subsumtion unter dieselben Anwendungsmassstäbe und Grenzkriterien.....	179
a Allgemein: Rechtssatzartige Heranziehung.....	179
b Prozessuales Verfassungsrecht.....	180
c Eingriffsrechtfertigung.....	182
4. «Verbundcharakter» der Grundrechtsverwirklichung.....	183
5. Entwicklung der Anwendungsmassstäbe unter Berücksichtigung des internationalen Rechts.....	185
5.1 Überblick.....	185
5.2 Tragweite – Umfang und Konturierung der Regelungsidee	187
a Das Beispiel von Art. 8 EMRK.....	187
b Konturierung der Schutztiefe des Grundrechtsgehalts	188
c Konturierung des Umfangs der Grundrechtswirkung.....	191
5.3 Harmonisierung der Grenzkriterien im Rahmen der Verhältnis- mässigkeit.....	195
a Vergleichende Heranziehung	195
b Regelartige Heranziehung bei häufigen Fallkonstellationen	198
c <i>Case Law</i> -Kodifikation der <i>opinio iuris communis</i>	200
6. Struktur der Präjudizienheranziehung.....	201
6.1 <i>Case Law</i> -Strukturierung der Anwendungsmassstäbe.....	201
6.2 Grundrechtskonkretisierung unter Einbeziehung des internationalen <i>Case Law</i>	202
6.3 Ergebnis: Grundrechtsverwirklichung durch <i>Case Law</i>	203
a <i>Case Law</i> – Massstabbildende Bedeutung	203
b <i>Case Law</i> als Grundlage der Interessenabwägung	204
c Hierarchische und dialogische Zusammenarbeit	205
d Praktische Konkordanz	206
7. Fazit.....	207

Kapitel 4: Zusammenschau: Raum der Rechtsanwendung..... 209

I. Normative Konturen des Raums der Rechtsanwendung.....	209
1. Entwicklung von verfeinernden Erkenntnisschritten	209
2. Normative Strukturelemente der Entscheidung.....	210
2.1 Unabhängigkeit (Art. 30 BV).....	210
2.2 Verantwortung (Art. 6 BV)	212
2.3 Rechtsanwendung (Art. 1 ZGB).....	213

2.4	Rechtsbindung (Art. 5 Abs. 1 BV; Art. 191c BV).....	214
2.5	Rechtsgleichheit (Art. 8 BV) und Willkürverbot (Art. 9 BV)	216
3.	Normkonkretisierung – Axiomatisierung der Normen.....	219
3.1	Überblick.....	219
3.2	Sachverhaltliche Prämissen	220
3.3	Subordination – Wege der Zuordnung zur Norm	220
3.4	Operationalisierung der Norm – Erarbeitung von regelartigen Anwendungsprämissen.....	221
a	Hypothesenartige Regelbildung	221
b	Entwicklung von Präjudiziellen Erwägungen	222
c	Funktion und Bedeutung von Präjudiziellen Erwägungen	224
4.	Folgerungen für die Methodik: Erweiterung des Subsumtionsmodells.....	226
4.1	Entscheidfindung und Entscheidardarstellung.....	226
4.2	Der gerichtliche Erkenntnisraum.....	227
4.3	Wertungserfordernisse.....	228
5.	Erschliessung der durch die Rechtsanwendung offenen Wertungen.....	230
5.1	Philosophische Parallele des Nichtwissens.....	230
5.2	Sinnerschliessende Funktion der Urteilkraft	231
5.3	Synthese von innerer und äusserer Verbindlichkeit.....	233
II.	Institutionelle Korrektur.....	235
1.	Stabilisierung des Entscheidungsraums	235
2.	Elemente der Richterwahl und Abstimmungserfordernisse	236
3.	Instanzenzug	238
4.	Öffentlichkeit und Repräsentation	240
5.	Prozessmaximen und Verfahrensrechte	241
III.	Auswirkungen auf das institutionelle Gleichgewicht	244
1.	Komplementäres Zusammenwirken.....	244
2.	Abgrenzung zur politischen Wertung	247
3.	Gleichgewicht der institutionellen Handlungen	249

Kapitel 5: Würdigung	251
I. Grundfragen und Grundaussagen	251
II. Zusammenfassende Würdigung	252
1. Stabile Folgerungsbeziehungen zur Entwicklung des Judikativen Rechts	252
2. Zusammentreffen von Gesetzesrecht und Präjudizienrecht	254
3. Perspektivenwechsel zu den wahrheitserweiternden Schritten	257
4. Methodologische Tragweite	259
4.1 Zwei Wirkungsweisen des Judikativen Rechts	259
4.2 Regelgeleitete Heranziehung	260
5. Elemente des Judikativen Denkraums	262
Literaturverzeichnis	265
Stichwortverzeichnis	283

Abkürzungsverzeichnis

A.	Auflage
a.a.O.	am angeführten Ort
ABl. EU	Amtsblatt der Europäischen Union
Abs.	Absatz
Abt.	Abteilung
aBV	alte Bundesverfassung der Schweizerischen Eidgenossenschaft vom 29. Mai 1874 (SR 101)
AcP	Archiv für die civilistische Praxis (Zeitschrift)
AEUV	Vertrag über die Arbeitsweise der Europäischen Union (in Kraft seit dem 1. Dezember 2009)
AIG	Bundesgesetz über die Ausländerinnen und Ausländer und über die Integration vom 16. Dezember 2005 (SR 142.20)
AJP	Zeitschrift für die Allgemeine Juristische Praxis
altBV	alte Bundesverfassung der schweizerischen Eidgenossenschaft vom 29. Mai 1874 (SR 101)
a.M.	am Main / anderer Meinung
ANAG	Bundesgesetz über Aufenthalt und Niederlassung der Ausländer vom 26. März 1931 (nicht mehr in Kraft seit dem 1. Januar 2008)
ANAV	Vollziehungsverordnung zum Bundesgesetz über Aufenthalt und Niederlassung der Ausländer vom 1. März 1949 (nicht mehr in Kraft seit dem 1. Januar 2008)
Anm.	Anmerkung
ARSP	Archiv für Rechts- und Sozialphilosophie (Zeitschrift)
ARSP-B	Archiv für Rechts- und Sozialphilosophie – Beihefte
Art.	Artikel
ATSG	Bundesgesetz über den Allgemeinen Teil des Sozialversicherungsrechts vom 6. Oktober 2000 (SR 830.1)
Aufl.	Auflage
AuG	Bundesgesetz über die Ausländerinnen und Ausländer vom 16. Dezember 2005 (heute AIG; SR 142.20)
AVG	Bundesgesetz über die Arbeitsvermittlung und den Personalverleih vom 6. Oktober 1989 (SR 823.11)
AVIG	Bundesgesetz über die obligatorische Arbeitslosenversicherung und die Insolvenzenschädigung vom 25. Juni 1982 (SR 837.0)

AVV	Verordnung über die Arbeitsvermittlung und den Personalverleih vom 16. Januar 1991 (SR 823.111)
AWR	Analogy Warranting Rule (eine Analogie rechtfertigende Regel)
BBI	Bundesblatt
Bd.	Band
BehiG	Bundesgesetz über die Beseitigung von Benachteiligungen von Menschen mit Behinderungen (Behindertengleichstellungsgesetz) vom 13. Dezember 2002 (SR 151.3)
BGB	Bürgerliches Gesetzbuch (Deutschland)
BGBM	Bundesgesetz über den Binnenmarkt (Binnenmarktgesetz) vom 6. Oktober 1995 (SR 943.02)
BGE	Urteil des Schweizerischen Bundesgerichts (Amtliche Sammlung)
BGer	Schweizerisches Bundesgericht
BGerR	Reglement für das Bundesgericht vom 20. November 2006 (SR 173.110.131)
BGG	Bundesgesetz über das Bundesgericht vom 17. Juni 2005 (SR 173.110)
BGH	Bundesgerichtshof (Deutschland)
BGHSt	Entscheidungen des deutschen Bundesgerichtshofes in Strafsachen
BK	Berner Kommentar
BSK	Basler Kommentar
bspw.	beispielsweise
BV	Bundesverfassung der Schweizerischen Eidgenossenschaft vom 18. April 1999 (SR 101)
bzw.	beziehungsweise
c.	contre (gegen)
ca.	circa
CEDH	Cour européenne des droits de l'homme (Europäischer Gerichtshof für Menschenrechte)
Cong.	Congress
Cst.	Constitution fédérale de la Confédération suisse (Bundesverfassung der Schweizerischen Eidgenossenschaft vom 18. April 1999; SR 101)
d.h.	das heisst
Diss.	Dissertation
Diss. (Phil.)	Dissertation im Fachbereich Philosophie

E.	Erwägung
EGMR	Europäischer Gerichtshof für Menschenrechte
EIZ	EuropaInstitut an der Universität Zürich
EJLS	European Journal of Legal Studies (Zeitschrift)
EMRK	Konvention zum Schutz der Menschenrechte und Grundfreiheiten vom 4. November 1950 (SR 0.101)
et al.	et alii (und andere)
etc.	et cetera (und so weiter)
EU	Europäische Union
EuGH	Europäischer Gerichtshof
EuGRZ	Europäische Grundrechte-Zeitschrift
f.	folgende/r
FAZ	Frankfurter Allgemeine Zeitung
ff.	folgende
Fn.	Fussnote
FS	Festschrift
FZA	Abkommen zwischen der Schweizerischen Eidgenossenschaft einerseits und der Europäischen Gemeinschaft und ihren Mitgliedsstaaten andererseits über die Freizügigkeit vom 21. Juni 1999 (SR 0.142.112.681)
GG	Grundgesetz für die Bundesrepublik Deutschland vom 23. Mai 1949
gr./grch.	griechisch
GRC	Charta der Grundrechte der Europäischen Union vom 7. Dezember 2000
Habil.	Habilitation
h.L.	herrschende Lehre
HMG	Bundesgesetz über Arzneimittel und Medizinprodukte vom 15. Dezember 2000 (SR 812.21)
Hrsg./hrsg.	Herausgeber/herausgegeben
i.c.	in casu (im vorliegenden Fall)
i.d.R.	in der Regel
i.e.S.	im engeren Sinn
ILO	International Labour Organisation (Internationale Arbeitsorganisation)

insb.	insbesondere
IPE	Ius Publicum Europaeum
i.S.	in Sachen
i.S.v.	im Sinne von
IT	Informationstechnik
i.V.m.	in Verbindung mit
Jg.	Jahrgang
Jr.	Junior
JuS	Juristische Schulung (Zeitschrift)
JZ	JuristenZeitung (Zeitschrift)
Kap.	Kapitel
Komm.	Kommentar
KrV	Kritik der reinen Vernunft (Werk von Immanuel Kant)
lat.	lateinisch
lit.	litera (Buchstabe)
LSV	Lärmschutz-Verordnung vom 15. Dezember 1986 (SR 814.41)
Metaph.	Metaphysik (Werk von Kant [Fortschritte der Metaphysik])
m.H.	mit Hinweis(en)
m.w.H.	mit weiteren Hinweisen
N.	(Rand)note, (Rand)nummer
NJW	Neue Juristische Wochenschrift (Zeitschrift)
No.	number (Nummer)
nos	numéros
Nr.	Nummer
NVwZ	Neue Zeitschrift für Verwaltungsrecht
NZZ	Neue Zürcher Zeitung
op. cit.	opus citatum (im zitierten Werk)
OR	Schweizerisches Obligationenrecht vom 30. März 1911 (SR 220)

p.	page (Seite)
Pra	Die Praxis (Übersetzungen, unveröffentlichte Entscheide, Kommentare zu Leitscheiden)
publ.	publiziert
resp.	respektive
RPG	Bundesgesetz über die Raumplanung (Raumplanungsgesetz) vom 22. Juni 1979 (SR 700)
RPV	Raumplanungsverordnung vom 28. Juni 2000 (SR 700.1)
RW	Zeitschrift für rechtswissenschaftliche Forschung
Rz.	Randziffer
S.	Seite
s.	siehe
S. Comm. on the Judiciary	Senate Committee on the Judiciary (US Senatsausschuss für Justiz)
SGK	St. Galler Kommentar
SHK	Stämpflis Handkommentar
slip op.	slip opinion (am Urteilstag veröffentlichte Version eines Urteils des US Supreme Courts oder einer zustimmenden oder abweichenden Meinung, die noch Gegenstand von Korrekturen sein kann)
sog.	sogenannte/r
sogl.	sogleich
SR	Systematische Rechtssammlung des Schweizer Bundesrechts
SRIEL	Swiss Review of International and European Law (Zeitschrift)
StGB	Schweizerisches Strafgesetzbuch vom 21. Dezember 1937 (SR 311.0)
StHG	Bundesgesetz über die Harmonisierung der direkten Steuern der Kantone und Gemeinden vom 14. Dezember 1990 (SR 642.14)
StPO	Schweizerische Strafprozessordnung vom 5. Oktober 2007 (SR 312.0)
tr. Anal.	Transzendente Analytik (Teil des Werks «Kritik der reinen Vernunft» von Immanuel Kant)
TSchG	Tierschutzgesetz vom 16. Dezember 2005 (SR 455)

u.a.	unter anderem
UNO	United Nations Organization (Organisation der Vereinten Nationen)
U.S./US	United States of America (Vereinigte Staaten von Amerika)/ US-amerikanisch
v.a.	vor allem
VG	Bundesgesetz über die Verantwortlichkeit des Bundes sowie seiner Behördenmitglieder und Beamten (Verantwortlichkeitsgesetz) vom 14. März 1958 (SR 170.32)
vgl.	vergleiche
vol.	volume (Band)
VPOD	Schweizerischer Verband des Personals öffentlicher Dienste
VRK	Wiener Übereinkommen über das Recht der Verträge vom 23. Mai 1969 (SR 0.111)
vs.	versus
VVDStRL	Veröffentlichungen der Vereinigung der Deutschen Staatsrechts- lehrer
VZAE	Verordnung über Zulassung, Aufenthalt und Erwerbstätigkeit vom 24. Oktober 2007 (SR 142.201)
WVK	Wiener Übereinkommen über das Recht der Verträge vom 23. Mai 1969 (SR 0.111)
z.B.	zum Beispiel
ZBJV	Zeitschrift des Bernischen Juristenvereins
ZBl	Schweizerisches Zentralblatt für Staats- und Verwaltungsrecht
ZGB	Schweizerisches Zivilgesetzbuch vom 10. Dezember 1907 (SR 210)
Ziff.	Ziffer
zit.	zitiert
ZK	Zürcher Kommentar
ZPO	Schweizerische Zivilprozessordnung vom 19. Dezember 2008 (SR 272)
ZSR	Zeitschrift für Schweizerisches Recht
ZStrR	Schweizerische Zeitschrift für Strafrecht
ZVglRWiss	Zeitschrift für Vergleichende Rechtswissenschaft

Kapitel 1: Einleitung und Gegenstand

I. Problemstellung

1. Strukturelemente der Entscheidungsfindung

Der Rechtswissenschaft liegt ein zum Teil unausgesprochenes Verständnis zugrunde, welche Erkenntnisschritte, Argumentationsformen und Argumentationsfiguren zulässig sind und welche nicht¹.

In der vorliegenden Arbeit geht es darum, einige charakteristische Grundzüge von unausgesprochenen Verständnissen, welche die Entscheidungsfindung prägen, wissenschaftlich zu beleuchten, zur Sprache zu bringen. Die Betrachtung ist dabei eine normative. Es wird also weder soziologisch untersucht, welche Verhaltensweisen für die Rechtsfindung bestimmend sind, noch empirisch zusammengetragen, wie viele Fälle in welchen Verfahren beurteilt wurden. Vielmehr wird aus den Normen, Urteilen und der wissenschaftlichen Literatur aufgedeckt, welche Strukturprinzipien den Entscheidungsfindungsprozess leiten.

Um die Struktur des Entscheidungsprozesses darzustellen, ist zunächst das Blickfeld zu erweitern: In wissenschaftlichen Abhandlungen wird stets ein Aspekt der juristischen Arbeit der Gerichte analysiert und dogmatisch erfasst, und zwar das Urteil. Das Urteil ist indessen nur ein Teil der Gewährung des Rechtsschutzes im Rahmen der Streitbeilegung. Man könnte das Urteil als «Ergebnis» der juristischen Entscheidung sehen.

Was ist nun aber der eigentlich wesentlichere und – wie zu zeigen sein wird – verfassungsrechtlich geprägte Teil der Genese des Urteils, nämlich *die Entscheidungsfindung selbst*? Dazu existieren in der Schweiz derzeit kaum Untersuchungen. Die Lücke soll mit der vorliegenden Schrift geschlossen werden.

2. Entscheidungsfindung als «Black Box» im Erkenntnisverfahren

Dass dem Urteil Erkenntnisprozesse vorausgehen, ist unbestritten. Doch welcher Gestalt sind solche Erkenntnisschritte zur Entscheidung hin? Welche Formen kön-

¹ Payandeh, Rechtserzeugung, S. 451; Pawlowski, Methodenlehre, Rz. 6.

nen Erkenntnisschritte zur Entscheidung haben und wie sind sie normiert? In einer ersten Annäherung werden als relevante Erkenntnisschritte regelmässig die Auslegung und die Subsumtion herangezogen². Analysiert man Urteile genauer, zeigt sich indessen, dass eine Vielzahl weiterer Erkenntnisschritte hinzukommt. Diese ergeben sich bereits daraus, dass entschieden werden muss, ob ein Fall unter eine oder verschiedene Normen fällt, damit überhaupt die Rechtsfolgen abgeleitet werden können. Oder daraus, wie ein Präjudiz auszulegen und inwiefern es analog auf eine neue Fallkonstellation anwendbar ist. Solche und weitere Erkenntnisreflexionen sind bedeutender Teil der Rechtsfindung. Die in der Rechtstheorie regelmässig thematisierte Subsumtion als Ableitung der Rechtsfolge gibt im Vergleich zu solchen Erkenntnisschritten wesentlich weniger Diskussionsbedarf im Spruchkörper.

Vor diesem Hintergrund ist es angezeigt, vertiefter nach der gerichtlichen Norminterpretation zu fragen bzw. eine solche überhaupt darzustellen. Die vorliegende Schrift hat sich als Ziel gesetzt, die Entscheidungsfindung im Öffentlichen Recht auf typische Erkenntnisschritte zurückzuführen und sie so selbst methodologisch zugänglich zu machen. Im Rahmen dieser Arbeit ist es dabei unmöglich, sämtliche denk- oder praktikierbaren Erkenntnisschritte zu umschreiben. Ziel ist vielmehr, die Grundzüge der wesentlichsten Strukturelemente darzustellen, welche die Entscheidungsfindung im Bereich des Öffentlichen Rechts und insbesondere des Verfassungsrechts leiten. Ein signifikantes Erkenntnisinteresse liegt darin, die Rechtsanwendung nicht ausschliesslich als Subsumtion bzw. deduktives (erkenntniserhaltendes) Verfahren zu verstehen, sondern auch die typischen erkenntniserweiternden, im Wesentlichen durch das Verfassungsrecht geprägten, Schritte zu erfassen. In der Untersuchung werden demnach die fundamentalen Strukturelemente der Rechtsfindung im Bereich des Öffentlichen Rechts, insbesondere des Verfassungsrechts, zusammengetragen, die den Entscheidungsprozess leiten.

Methodologische Voraussetzung hierzu ist zunächst, die Darstellung des Entschiedenen im Urteil von der Rechtsfindung zu differenzieren. Dabei ist zu bedenken, dass die Entscheidungsfindung immer *einzelfallbezogen* ist. Juristische Erkenntnismodelle können immer nur aus dem Blickwinkel der Einzelfallanwendung entworfen werden. Erkenntnismodelle umfassen dabei grundlegende Strukturprinzipien, ermöglichen hingegen – wie sich zeigen wird – keine vollständige Determinierung des Einzelfalls. Diese Erkenntnisschritte zur Entscheidung darzustellen, beinhaltet demnach nicht die Bereitstellung der Subsumtion für den Einzelfall, sondern viel-

² Strauch, *Mustererkennung*, S. 335.

mehr die Umschreibung von deren präziser Vorbereitung. Ziel ist also ein Beitrag zur Entscheidungsstrukturierung, der für die Rechtsfindung herangezogen werden kann. Er soll methodische Grundlagen – Regelmässigkeiten – bereitstellen, um entsprechende gerichtliche Erkenntnisschritte zu präsentieren.

3. Darstellung und normative Konstituierung des Raums der Rechtsanwendung

Mit der Strukturierung der Entscheidungsfindung ist ein Fokus der Arbeit auf die Handlungsformen der Dritten Gewalt gerichtet. Wenn abstrakte regelbildende Elemente der Rechtsfindung zusammengetragen werden können, so bilden diese einen Raum von Handlungsbereichen der Dritten Gewalt. Dieser wird in der Arbeit als Raum der Rechtsanwendung entworfen.

Die Handlungen der Dritten Gewalt sind in normative Vorgaben eingebunden. Der Grundsatz der Rechtsbindung hat für den Bereich des Öffentlichen Rechts eine zentrale Bedeutung, von Bedeutung sind auch die Grundlagen von Art. 1 ZGB. Weiter ergeben sich normative Vorgaben aus der richterlichen Unabhängigkeit (Art. 30 BV) sowie den Verfassungsprinzipien und Grundrechten. Die Handlungsformen und Erkenntnisschritte hin zur Entscheidung sind also normativ in einer Weise eingebettet, die zwar mit offenen Rechtsbegriffen operiert, für den Einzelfall indessen präzise Vorgaben zur Strukturierung bereithält. Sie sind im Rahmen der Methodik der Rechtsanwendung spezifisch zu berücksichtigen.

Aus der verfassungsrechtlichen Strukturierung folgt dabei nicht, dass entsprechende Erkenntnisschritte etwa im Privatrecht nicht zum Tragen kommen. Auch im Zivilrecht haben beispielsweise Präjudizien erhebliche Bedeutung. Verschiedene neuere Entscheide³ und die jüngst erschienene Literatur hierzu zeigen deutlich auf, wie das Mehrebenensystem auch privatrechtliche Regelungen erfasst. Aufgedeckt werden insofern Gesichtspunkte des Erkenntnisverfahrens, die nicht auf den Bereich des Öffentlichen Rechts beschränkt sein dürften.

³ Vgl. Urteil EGMR *Howald Moor et al. gegen Schweiz* vom 11. März 2014, Requête nos 52067/10 et 41072/11; BGE 142 I 42.

4. Erfordernis einer Methodik der Entscheidfindung

Was ist Ziel und Zweck einer Methodik zur Strukturierung der Entscheidfindung? Der Begriff «Methode» geht zurück auf das griechische Wort *methodos* (μέθοδος), welches für «Weg auf etwas (ein Ziel) hin» steht⁴. Methode kann verstanden werden als Umgang mit handwerklichen Regeln und Anwendung von Schemata, die bei der Rechtsfindung und Rechtsanwendung systematisch abzuarbeiten sind⁵.

Als Sinn und Zweck einer juristischen Methodik wird auch die Transparenz ange-
rufen. Zweifellos soll jede staatliche Handlung transparent sein. Insofern sind auch
alle Erkenntnissschritte, die zu einem Urteil führen, auszuweisen. Der methodische
Zweck geht indessen weit über die bloße Forderung nach Transparenz hinaus.
Wer Recht anwendet, hat für gewöhnlich das Ziel vor Augen, einen Fall zu lösen,
eine Rechtsstreitigkeit zu entscheiden – und dies möglichst gerecht. Der Weg zum
Ziel führt über die Auslegung der einschlägigen Rechtsnormen⁶. Methodenlehre
beschreibt entsprechend nicht nur, wie tatsächlich verfahren wird, sondern sie
stellt auch die Frage nach dem Wert, nach der Qualität und nach dem möglichen
Erfolg bestimmter Methoden⁷. Dies umfasst insbesondere die möglichst sachge-
rechte Entwicklung des Normsinns auf den Einzelfall hin⁸, die nicht nur so gerecht
als möglich sein, sondern in Folgefällen auch rechtsgleich angewendet werden
soll.

Die Bedeutung der Methodik ist so nicht auf Transparenz beschränkt. Rechtspre-
chung muss, wenn sie methodisch sein soll, eine regelgeleitete Anwendung von
Normen sein⁹. Regelbildende Strukturen der Entscheidfindung sind geradezu
Grundlage der Diskussion über Gerechtigkeit und darüber, welche Erkenntnisfor-
men einem Höchstgericht im gewaltenteiligen Gefüge zukommen sollen. Die Ana-
lyse der Handlungsweisen in der Entscheidfindung hat einen wesentlichen Ein-
fluss darauf, welche Funktion der Dritten Staatsgewalt zugedacht ist. Mithin geht

⁴ Vgl. Biaggini, Symposium, S. 27.

⁵ Strauch, Mustererkennung, S. 340.

⁶ Biaggini, Symposium, S. 27; Rütters/Fischer, Rechtstheorie, Rz. 698.

⁷ Larenz, Methodenlehre 1991, S. 244; Gächter, Rechtsmissbrauch, S. 237.

⁸ Vgl. BK-ZGB 1966, Meier-Hayoz, N. 132 ad Art. 1; sehr differenziert dazu die Dar-
stellung von Alexy/Koch/Kuhlen/Rüssmann, Begründungslehre, S. 135 ff.; Gächter,
Rechtsmissbrauch, S. 231.

⁹ Strauch, Mustererkennung, S. 340.

es darum, zu analysieren, welcher Mittel sie sich für die Rechtserkenntnis bedient oder bedienen darf.

Die Erarbeitung der spezifischen normativen Entscheidungsvorgaben ist dabei Öffentliches Recht im ursprünglichsten Sinn: Zweck der Arbeit ist, das System der Normen und normativen Prinzipien, die den gerichtlichen Entscheidungsprozess im Öffentlichen Recht definieren, rechtswissenschaftlich zugänglich zu machen. Im Sinne einer Darlegung der Funktionsweise des Rechts in seiner Anwendung sollen die Voraussetzungen der Entscheidungsfindung als ergänzender Teil der öffentlich-rechtlichen Dogmatik dargestellt werden. Ein Schwerpunkt liegt dabei auf der Präjudizienrezeption im Rahmen der Verfassungsrechtsprechung.

5. Praktisch-pragmatische Abgrenzung zur politischen Wertung

Dass die Subsumtion nur einen Teil der Rechtserkenntnis abdeckt und weitere, die Erkenntnis leitende Schritte notwendig sind, impliziert gleichermassen, dass diese innerhalb des normativen Raums der Rechtsanwendung zu erfolgen haben. Dogmatische Erkenntnisschritte ausserhalb der Subsumtion (aber innerhalb des normativen Raums der Rechtsanwendung) markieren letztlich die derzeit sehr umstrittene – und teilweise in der öffentlichen Diskussion nicht präzis gefasste – Abgrenzung zur politischen Wertung. Werden die Erkenntnisschritte im Rahmen der juristischen Dogmatik angewendet, so können sie nicht als «politische Urteile» bezeichnet werden, selbst wenn sie einen (juristischen) Wertungsspielraum beinhalten und die Entscheidung allenfalls politische Auswirkungen haben mag: Lassen sich auch wahrheitserweiternde Anwendungsvorgänge auf die juristische Dogmatik zurückführen, so sind diese als genuin juristische Vorgänge zu qualifizieren, auch und gerade dann, wenn sie in politisch umstrittenen Bereichen erfolgen.

Von wesentlicher Bedeutung wird demnach auch sein, die entsprechenden juristischen Erkenntnisschritte im Rahmen der Rechtsfindung zu charakterisieren, um sie von der politischen Wertung abzugrenzen. Bereits für RHINOW lassen sich die richterlichen Interpretationsbefugnisse nicht isoliert theoretisch («rein methodologisch») bestimmen¹⁰. Vielmehr sind sie anhand verfassungstheoretischer und ver-

¹⁰ Rhinow, Methodik, S. 132.

fassungsdogmatischer Überlegungen betreffend das Verhältnis von Rechtsanwender und Gesetz bzw. Recht zu ermitteln¹¹.

6. Ziel: Beitrag zur Strukturierung des Entscheidungsprozesses

Im Folgenden sollen namentlich auch die verfassungsrechtlichen Grundlagen zur Rechtsanwendung untersucht werden, mithin welchen *Raum* die Gerichte für ihren Entscheidungsprozess einnehmen müssen und dürfen, um den verfassungsrechtlichen Anforderungen genügen zu können. Zu analysieren ist insbesondere, nach welchen Strukturelementen sich die verfassungsmässige Entscheidung vollzieht und in welcher Weise sie sich an ihren normativen Vorgaben orientiert.

Es ist unmittelbar einsichtig, dass sich die Gerichte für die Rechtserkenntnis sowohl auf eine unmittelbare Zuständigkeit als auch auf stabile Folgerungsbeziehungen im Rahmen der Rechtsbindung stützen müssen (Art. 5 BV). Erst jedoch, wenn diese Prozesse strukturiert entworfen und dargestellt werden, zeigt sich der spezifisch verfassungsrechtlich geprägte Raum der Rechtsanwendung, der eine sachgerechte Behandlung der vorgetragenen Streitfrage ermöglicht. Aber wie kann dieser Raum – nun unter Berücksichtigung der Erkenntnisschritte in der Entscheidungsfindung – etwas genauer gefasst werden? Welche Strukturelemente konstituieren diesen Raum?

Die Frage wird im Folgenden unter verschiedenen Aspekten vertieft. Sie bezweckt insbesondere folgende drei Erkenntnisse: Ziel der Arbeit ist erstens, einen Beitrag zur Strukturierung des Entscheidungsprozesses zu entwerfen, um der «Black-box» Entscheidung entgegenzuwirken. Durch die Erarbeitung und Darstellung der Strukturen werden so zweitens die spezifischen normativen Entscheidungsvorgaben zugänglich, die die Rechtsfindung in ihrer Intention, sachgerechte Lösungen zu finden, charakterisieren. Drittens ist die Untersuchung auch ein Beitrag zur Klärung des normativen Raums der Rechtsanwendung im Rahmen des Rechtsstaates und der Gewaltenteilung. Wenn die Arbeit der Gerichte sowohl durch (einzelne) Volksinitiativen als auch durch die Medien vermehrt in Frage gestellt wird¹², er-

¹¹ Rhinow, Methodik, S. 177.

¹² Nicht die kritische Hinterfragung eines Urteils erscheint problematisch, im Gegenteil, die Diskussion von Urteilen ist *unerlässliche* Bedingung eines funktionierenden Rechtsstaats. Die Auseinandersetzung mit Urteilen muss dabei auch Funktion, Aufgaben und Verfahren der Gerichte sowie die Grundlagen gerichtlicher Erkenntnispro-

scheint ein wissenschaftliches Zugänglichmachen der Eigenheiten juristischer Entscheidungen unerlässlich.

II. Betrachtung der höchstrichterlichen Rechtsprechung

1. Funktion eines höchsten nationalen Gerichts

Die zentrale Funktion von Gerichten ist die verbindliche Lösung von Konflikten durch eine *individuelle Streitentscheidung*¹³. Auch Höchstgerichte basieren auf dieser elementaren Legitimität¹⁴. Es ist Ausdruck der Tradition der Zugänglichkeit des schweizerischen Staatsrechts, dass jeder Bürger im Bereich des Öffentlichen Rechts auch ohne Vertretung in eigener Sache an das höchste Gericht gelangen kann. So steht der – wenn auch in aller Regel aktenbasierte – Dialog mit den Verfahrensbeteiligten im Vordergrund¹⁵. Höchste Gerichte kommunizieren in gleicher Weise mit den Vorinstanzen¹⁶, da das Bundesgericht eine Rechtskontrolle durchführt, im Hinblick auf welche sich die Beschwerdeführenden mit den vorinstanzlichen Erwägungen auseinandersetzen (Art. 42 Abs. 2 BGG). Eine Kommunikation erfolgt auf einer allgemeineren Ebene auch mit dem Gesetzgeber und – in spezifischen Fragen – mit der wissenschaftlichen Rechtsdogmatik¹⁷.

Eine wichtige Funktion der Höchstgerichte, die sachgebietsspezifisch in Abteilungen ausgestaltet sind¹⁸, ist auch die Gewährleistung der *Einheitlichkeit der Recht-*

zesse kennen. Erst dann kann die Auseinandersetzung mit Urteilen für den Rechtsstaat fruchtbar sein.

¹³ Art. 29 Abs. 1 BV; vgl. auch Schönberger, Rechtsfindung, S. 302.

¹⁴ Schönberger, Rechtsfindung, S. 303.

¹⁵ Art. 42 BGG, Art. 107 Abs. 1 BGG (Antragsbindung), mündliche Parteivorträge sind möglich; Art. 57 BGG.

¹⁶ Vgl. Art. 105 Abs. 1 BGG.

¹⁷ Z.B. BGE 139 II 404 S. 411 mit Hinweisen; Schönberger, Rechtsfindung, S. 305; vgl. auch Perelman, Motivation, S. 422. Zum Erfordernis der Auseinandersetzung mit den vorinstanzlichen Erwägungen (Art. 42 Abs. 2 BGG) BGE 140 III 86 E. 2.

¹⁸ Art. 18 und Art. 22 BGG; Art. 26 Reglement für das Bundesgericht; BSK-BGG 2018, Kneubühler, N. 2 ad Art. 18; vgl. für Deutschland Albers, Rechtsfindung, S. 266.

*sprechung*¹⁹. Massgebliche Aufgabe des Gerichts ist dabei – gerade im Bereich des Öffentlichen Rechts –, verschiedene in Kraft stehende und anwendbare Normen für die Urteilsfindung in Einklang zu bringen. Das Harmonisierungserfordernis ist dabei nicht auf das nationale Recht beschränkt, sondern erstreckt sich auch auf die in Kraft stehenden internationalen Verträge. Die Aufgabe, verschiedene Normen in Einklang zu bringen, wird so etwa auch durch die Integration in das Europäische Menschenrechtssystem oder auch durch die bilateralen Beziehungen zur EU begründet²⁰.

Normative Wirkungen höchstgerichtlicher Entscheidungen gehen dabei oft deutlich über den konkreten Streitgegenstand hinaus²¹. Durch Urteile werden Massstäbe gesetzt, die nicht nur für die unteren Instanzen, sondern auch für künftige Fälle eine erhebliche Relevanz entwickeln²². Die Urteilsgründe wenden sich – und dies wird im Einzelnen darzulegen sein – auch einer *verallgemeinernden Regelbildung für künftige Fälle* zu²³. Die fallübergreifenden Aussagen werden für die Gerichte im Rahmen der Entscheidungsfindung spezifisch genutzt.

Es zeigen sich demnach vielfältige Herausforderungen, die einerseits der Befriedung eines Rechtsstreits, andererseits aber auch der Normbildung zugeordnet werden können. Bezüglich Letzterem besteht in gewisser Weise eine Nähe zum Gesetzgeber. Für eine generalisierende Regelbildung sind die Höchstgerichte im Vergleich zur Gesetzgebung generell schlechter gerüstet, was ihre demokratische Legitimation betrifft²⁴. Gerichte können zudem Informationen nicht so umfassend beschaffen und aufbereiten, wie das einem Parlament möglich ist²⁵. Anders als der Gesetzgeber verfügen sie aber über eine am Fallmaterial gewonnene konkretere Anschauung. Eine «tastende Normbildung» von diesem Material ergänzt – wie zu

¹⁹ Albers, Rechtsfindung, S. 266.

²⁰ Vgl. für die Integration im Rahmen der EU Schönberger, Rechtsfindung, S. 305.

²¹ Z.B. BGE 142 I 49 ff.; Urteil St. Margrethen, welches entsprechende Fallkonstellationen über den Einzelfall hinaus beschreibt. Vgl. Payandeh, Rechtserzeugung, S. 507 f.

²² Vgl. Chiariello, Richter, S. 350; Biaggini, Verfassung und Richterrecht, S. 358 ff.; und unten, insb. Kap. 3 V und VI.

²³ Schönberger, Rechtsfindung, S. 306.

²⁴ Vgl. Schönberger, Rechtsfindung, S. 305, 333.

²⁵ Die Informationsmöglichkeiten sind gerade durch das Prozessrecht regelmässig spezifisch beschränkt; vgl. Schönberger, Rechtsfindung, S. 311 f.

zeigen sein wird – die Gesetzgebung in unerlässlicher Weise, wobei sie weiter unter Kontrolle Letzterer bleibt und von ihr korrigiert werden kann²⁶.

Insofern ergibt sich eine (scheinbare) Nähe zum Gesetzgeber jedenfalls hinsichtlich des Elements der Normbildung. Die Abstraktion der Rechtsanwendung ist aber unvordenklich eigener Art. Sie ist hier spezifisch zu entwerfen und darzustellen. In einer ersten Annäherung mag für diese Abstraktion der tradierte Begriff der Auslegung im Sinne von Art. 1 Abs. 1 ZGB wesentlich sein. Es wird sich aber rasch zeigen, dass verschiedene verfassungsrechtliche Vorgaben die Auslegung deutlich durch Regelbildung strukturieren, die *verfassungsrechtlich* geboten, bisher jedoch kaum erschlossen sind.

Die Regelbildung, die hier als *Judikatives Recht*²⁷ umschrieben wird, unterscheidet sich nicht nur hinsichtlich der Heranziehungsweise («Auslegung»), sondern auch ihrer normativen Wirkungen deutlich von einem Gesetz.

2. Rechts- vs. Tatsachengerichte

Höchstgerichte entscheiden auf der Basis grundsätzlich nicht mehr in Frage gestellter Sachverhalte²⁸. Das Bundesgericht ist kein Tatsachengericht. Seine Aufgabe ist die Rechtskontrolle. Die damit einhergehende Kognitionsbeschränkung hat eine besondere Bedeutung: Die Aufgabe einer freien und uneingeschränkten Tatsachenprüfung entfällt im Rahmen von Art. 105 Abs. 1 BGG. Der Entscheid der Vorinstanzen bildet in tatsächlicher Hinsicht die Grundlage, auf welcher die Beurteilung des Bundesgerichts beruht²⁹.

²⁶ Vgl. Schönberger, Rechtsfindung, S. 333.

²⁷ Der Begriff orientiert sich an der Begrifflichkeit Payandehs, und zwar insofern, als dieser unter dem Begriff der judikativen Rechtserzeugung «jeglichen Beitrag der Dritten Gewalt zur Ausformung des Rechts» in den Blick nimmt; Payandeh, Rechtserzeugung, S. 494. In der Darstellung der einzelnen Erkenntnisschritte wird demgegenüber von der Konzeption Payandehs abgewichen, insbesondere, was die Methodik der Heranziehung von Präjudizien betrifft; vgl. dazu insb. Kap. 3 V ff. und allgemein die Begrifflichkeit der sog. Präjudiziellen Erwägungen.

²⁸ Art. 105 Abs. 1 BGG; vgl. für Deutschland Albers, Rechtsfindung, S. 267.

²⁹ Vgl. BSK-BGG 2018, Dormann, N. 2 und 4 ad Art. 105.

Die Trennung von Rechtsanwendung und Sachverhaltserhebung, die im Öffentlichen Recht der Untersuchungsmaxime folgt³⁰, darf indes nicht absolut verstanden werden. Es sprechen dagegen methodologische Einsichten und Gerechtigkeitsüberlegungen. Zum einen hängen Tatsachenfeststellungen und die Rechtsanwendung eng miteinander zusammen. Dies zeigt sich beim topischen Hin- und Herwandern der Gedanken zwischen dem auf Rechtserheblichkeit hin zu untersuchenden Sachverhalt und dem zu ermittelnden Rechtssinn der Norm, deren Anwendung zur Diskussion steht³¹.

Zum anderen kann auf einer als eindeutig («offensichtlich») unrichtig erkannten Entscheidungsgrundlage Recht nicht gedeihen. Wahrhaftigkeit des tatsächlichen Beurteilungsfundaments ist ein relevantes Gerechtigkeitsanliegen und insofern auch ein entscheidender Gesichtspunkt der Rechtmässigkeit des Urteils. Die Bindung des Bundesgerichts an den vorinstanzlich festgestellten Sachverhalt gilt infolgedessen nicht uneingeschränkt, sondern entfällt, wenn einer der in Art. 105 Abs. 2 BGG genannten Tatbestände erfüllt ist³². Der höchstrichterlichen Rechtsprechung zugrunde liegt demnach eine prinzipielle, aber nicht vollständige Trennung von Rechts- und Sachverhaltsfragen. Die Analyse der Rechtsfindung in der Verfassungsrechtsprechung erfolgt entsprechend auf der Grundlage eines prinzipiell festgestellten Sachverhalts.

Damit wird klar, dass es sich um vorwiegend normative Strukturen handeln muss, die sich das Gericht bei seinen typischen Erkenntnisschritten zunutze macht.

3. Auslegung, Suche nach Sinn und Zweck

Typisches Merkmal der höchsten Gerichtsbarkeit ist sodann die Herausforderung, Vorgaben für die Behörden in völlig neu gelagerten Fällen oder bisher kaum angewandten Normen entwickeln zu müssen. Besteht eine klare Praxis, die den Fall entscheidet, wird eine Rechtssache in der Regel nicht an die höchste Instanz weitergezogen. Die Rechtsfindung ist dabei typischerweise nicht vordeterminiert.

³⁰ Nach dem differenzierenden Verständnis von Rütsche/Schneider, Sachverhaltsfeststellung, S. 67 ff., sind Tatsachenbehauptung und Beweisführung Sache der Behörde, während die Beweise von denjenigen Verfahrensbeteiligten zu beschaffen sind, in deren Herrschaftsbereich sie liegen.

³¹ Gächter, Rechtsmissbrauch, S. 86, bezugnehmend auf Theodor Viehweg, Topik und Jurisprudenz, 2. Aufl., München 1963; BSK-BGG 2018, Dormann, N. 2 ad Art. 105.

³² BSK-BGG 2018, Dormann, N. 2 ad Art. 105.

Vielmehr ergeben sich bei der Anwendung von Normen auf eine neu zu beurteilende Fallkonstellation hin regelmässig Wertungserfordernisse, die sich nicht allein mittels der Auslegungselemente im traditionellen Sinne (sog. *canones*³³) bewältigen lassen. Die Wertungserfordernisse zeigen sich namentlich darin, dass ein Spruchkörper den Rechtssinn von Normen, deren Anwendung zur Diskussion steht, für den konkreten Fall zu finden hat. Die Wertungserfordernisse haben dabei eine insbesondere verfassungsrechtliche Grundlage, deren Struktur es hier zu erschliessen gilt.

Der Rechtssinn ergibt sich dabei in der Regel aus einer Verbindung von mehreren Normen, die in unterschiedlicher Methodik für den konkreten Einzelfall heranzuziehen und zu harmonisieren sind. Die Norminterpretation und -harmonisierung, die zusammenführende Sinnsuche verschiedener Normen vor dem Hintergrund der konkreten Fallkonstellation ist demnach typisches Element der Rechtsfindung der höchsten Gerichte.

Ausgangspunkt für die Rechtsanwendung ist im demokratischen Verfassungsstaat dabei das von der Gesetzgebung Vorentschiedene. Wie mittlerweile bereits in verschiedenen Werken dargestellt werden konnte, ist allerdings weit *weniger* gesetzgeberisch vorentschieden, als die Rechtsdogmatik vermuten lässt³⁴. Zwar haben fast alle Methodentheorien Strategien und Verfahren entwickelt, um Normwidersprüche aufzulösen. Zu diesen zählen Faustregeln zum Normvorrang wie «lex posterior derogat legi priori», «lex specialis derogat legi generali» und «lex superior derogat legi inferiori»³⁵.

Entsprechende Faustregeln haben indes bei Weitem nicht die massgebliche Bedeutung für die Rechtsanwendung, wie sie ihnen oftmals zugeschrieben wird. Insbesondere sind sie selbst Gegenstand der Auslegung. In vielen Fällen – namentlich wenn auch internationale Normen anwendbar sind – kommen sie nicht zur Anwendung³⁶. Anstelle einer mechanistischen Anwendung von Vorrangregeln steht eine verbindende Konkretisierung des Normgehalts im Vordergrund; die anwendbaren Normen sind von den Gerichten in Einklang zu bringen. Die Anwendung

³³ Vgl. dazu Kap. 2 II.

³⁴ Biaggini, Symposium, S. 42.

³⁵ Kramer, 5. A., S. 116 ff.; Ott, Rechtsanwendung, S. 201 ff.; Rütters/Fischer, Rechtstheorie, Rz. 770 ff.; Tschentscher, Grundprinzipien, S. 121 ff.; Zippelius, Methodenlehre, S. 30 ff.; Gächter, Rechtsmissbrauch, S. 232.

³⁶ Vgl. etwa betreffend die im Verhältnis von Völkerrecht und Landesrecht nicht anwendbare *lex posterior*-Regel BGE 138 II 524 (Sondrio) E. 5.1 S. 533.

setzt eine Wertung, ein in Beziehung setzen der Normwirkungen aus verschiedenen Geltungsebenen voraus³⁷.

4. Ziel der Entscheidung (erste Annäherung): Für den Einzelfall richtiger und zugleich rechtsgleicher Rechtsschutz

Vor diesem Hintergrund des durch die Gesetzgebung letztlich nicht vollständig Entschiedenen haben die Gerichte die Aufgabe, den konkreten Streitfall zu lösen und korrekten, rechtsgleichen, den Sinn der Regelung verwirklichenden Rechtsschutz zu gewähren. Bedeutende Perspektiven sind demnach sowohl die rechtsgleiche Rechtsanwendung als auch die Verwirklichung des Normsinns für den konkreten Anwendungsfall.

Genau hierfür sind neben den rechtsmethodologischen Auslegungscanones *spezifische Erkenntnisschritte* zu analysieren, die bisher wissenschaftlich kaum dargestellt wurden. Eine wichtige Rolle spielen dabei gerichtliche Normabstraktionen, die v.a. verfassungsrechtlich strukturiert sind. Rechtsfindung ist nicht einfach ein Prozess der Normkonkretisierung in einem engen Sinne, worauf die Forschung seit bereits geraumer Zeit aufmerksam macht. Vielmehr fügt jedes Judikat dem existierenden Rechtsbestand etwas *hinzu*, was es vorher nicht gab³⁸. Gerichte ziehen bereits entschiedene Konstellationen unter vergleichenden Gesichtspunkten heran, um die Sinndimension der Regelung anhand des Einzelfalls spezifisch zu erschliessen. (Auch) die kontinentale Praxis bezieht hierfür verschiedene Elemente bereits entwickelter Normrekonstruktionen methodisch ein. Entsprechende Erkenntnisschritte lassen sich typischerweise unter dem Aspekt von Präjudizien analysieren.

Je mehr Fälle entschieden werden, desto mehr rückt einerseits die über Fallvariationen rechtsgleiche Behandlung der Beschwerden als Gesichtspunkt von Gerechtigkeit in den Vordergrund. Die formale Gleichheit, also die Rechtsgleichbehandlung gleich gelagerter Fälle, gehört zum Grundtatbestand staatlicher Legitimität³⁹. Wichtiger Garant für eine rechtsgleiche Rechtsanwendung sind zwar zunächst generell-abstrakte Normen, welche die Rechtsanwendung auf eine gleichmässige

³⁷ Vgl. mit Blick auf die Auslegungselemente Hausheer/Jaun, SHK, N. 122 ad Art. 1.

³⁸ Schönberger, Rechtsfindung, S. 301.

³⁹ Zum Beispiel altBV-Komm, G. Müller, N. 1 ff. ad Art. 4.

Behandlung der im Tatbestand der Norm genannten Fälle verpflichtet. Rasch wird jedoch klar, dass sich die Bedeutung von bereits entschiedenen Fällen nicht in der formalen Gleichheit erschöpft, sondern dahingehend verwendet wird, die Anwendungserfahrung in die Auslegung einzubringen und die Normwirkung so zu optimieren. Die klassischen Auslegungsmaximen vermitteln bloss (aber immerhin) eine Struktur der Auslegung, die intersubjektiv zugänglich ist⁴⁰. Die konkrete Normsinnentwicklung erklärt sich durch die *canones* indes nicht. Sie vermögen die Anwendung des Rechts nicht hinreichend zu stabilisieren. Dies wird erst in Rezeption bereits entschiedener Fallkonstellationen zur abstrakten Rekonstruktion des Normsinns möglich.

In diesem Zusammenhang erfahren, wie sich zeigen wird, verschiedene Verfassungsprinzipien eine zentrale Funktion als Massstab für die gerichtliche Abstraktion einer Norm: Da bei der konkreten Einzelfallbetrachtung die Rechtsfolge einer oder mehrerer Rechtsnormen nicht einfach deduziert werden kann, entwickeln die Gerichte subsumtionsfähige Anwendungsmassstäbe der Norm, die sich – unter Einbezug der Erfahrung der Normanwendung in früheren Fallvariationen – insbesondere am Rechtsgleichheitsgebot und Willkürverbot messen. Die Verfassungsprinzipien erlangen also bereits aus der fehlenden Deduzierbarkeit der anwendbaren Rechtsnormen im Rahmen der Rechtsfindung eine eigenständige Bedeutung⁴¹.

Die Arbeit soll Massstäbe und Strukturen genauer erschliessen, die Gerichte für eine Entscheidung entwickeln und dann für die Subsumtion heranziehen⁴². Wie erwähnt, sind für sie die erkenntnisleitenden Gesichtspunkte des Normsinns und der verfassungsrechtlichen Strukturierung der Anwendung entscheidende Aspekte. Die Darstellung und normative Fundierung solcher Massstäbe legt gleichermaßen die Funktion des Gerichts dar und seine spezifischen Denk- und Entscheidungsräume. Erst unter Reflektion der Funktionsweise der Gerichte wird Urteilskritik oder der institutionelle Dialog sinnvoll und fruchtbar⁴³. Die Erschliessung der judikativen Massstäbe als sich ein Stück weit wiederholende Strukturen macht ein Urteil vielleicht auch in gewissem Masse vorhersehbarer. Viel wichtiger ist indessen im vorliegenden Kontext das Forschungsinteresse, die verfassungsrechtlichen Strukturen der Entscheidungsfindung selbst vermehrt ans Licht zu bringen.

⁴⁰ Vgl. Gächter, Rechtsmissbrauch, S. 234; vgl. unten, Kap. 3 I 2.

⁴¹ Vgl. zur besonderen Bedeutung des Rechtsgleichheitsgebots bereits altBV-Komm, G. Müller, N. 36 ff. ad Art. 4; Steinmann, Unbestimmtheit, S. 68 ff.

⁴² Vgl. ähnlich, jedoch mit anderer Zielsetzung Rafi, Gutes Urteil, S. 149.

⁴³ Vgl. Rafi, Gutes Urteil, S. 149.

5. Wegweisende Praxis; Rechtssicherheit und möglichst weite materielle Wahrheit

5.1 Richtigkeitsintention

Urteil bedeutet in der hier verwendeten Begrifflichkeit Endentscheid. Mit dem Begriff der Entscheidung wird angedeutet, dass diese ein Mindestmass an Unvorhersehbarkeit beinhaltet⁴⁴ und insofern auch einen Mindestgehalt an juristischer Wertung. Letzterer mag je nach beteiligter Besetzung des Gerichts (Richter und Gerichtsschreiber) unterschiedlich ausfallen. Teilweise kann im Rahmen der Dogmatik ein Urteil verschieden begründet werden. Dennoch kann diese «besser» bzw. richtiger oder schlechter ausfallen; und genau darüber zu befinden, ist eine der Hauptaufgaben der Rechtsfindung.

Die Erfahrungsanwendung des Rechts ist so eine weit weniger relativistische, als dies eine Fülle von Theorien des Rechts nahelegen würde. Falllösungen sind in Übungsstunden ohne Dossier und mit vereinfachtem Sachverhalt oftmals auf verschiedene Weisen «vertretbar». Diese Vertretbarkeit auf verschiedenen Seiten reduziert sich in der konkreten Anwendung sehr stark. Fälle, für die unterschiedliche juristische Lösungsweisen möglich sind, sind in aller Regel stark umstritten, hart umkämpft. Die Rechtsanwendung ist von Beginn an in Dimensionen der Richtigkeit eingefügt, in ihrer Intention eine objektivistische: Sowohl die Beschwerdeführer als auch die Instruktionsrichter und der übrige Spruchkörper versuchen mit allen zur Verfügung stehenden Mitteln, eine Evidenz herzustellen, dass der eingeschlagene Lösungsweg derjenige ist, der den Regelungssinn am besten zum Ausdruck bringt.

Der Begriff ist dabei freilich ein offener: Die Objektivität der Entscheidung wird stets aus einer subjektiven Warte erschlossen. Als Ziel der Entscheidung können je nach Fallkonstellation verschiedene Möglichkeiten im Vordergrund stehen. Vorgeschlagen wurden etwa Gerechtigkeit, Wahrheit, Rechtssicherheit, Schutz subjektiver Rechte, Wahrung objektiven Rechts und Rechtsfrieden⁴⁵. Da solche Ziele materiell weder mit der juristischen Dogmatik noch mit der philosophischen Analytik mit Sicherheit zu erreichen sind, geht es im Rahmen der möglichen, dog-

⁴⁴ Luhmann, Paradoxie des Entscheidens, S. 288. Das Wesen der Entscheidung liegt für NIKLAS LUHMANN denn auch darin begründet, dass sich diese «durch die Vergangenheit nicht determinieren» lässt. Vgl. auch Rafi, Gutes Urteil, S. 44.

⁴⁵ Vgl. die Zusammenstellung bei Rafi, Gutes Urteil, S. 49.

matisch korrekten juristischen Erkenntnisschritte der Auslegung um schöpferische Entscheidungen auf solche Ziele hin, die der konkret zu beurteilende Fall eröffnet.

Dabei ist darauf hinzuweisen, dass die juristische Erkenntnismethodik alles andere als abgeschlossen ist. LUHMANN hielt bereits 2003 fest: «Die klassische Vorstellung [...] richtige Entscheidungen seien durch rationale Abwägung von Zwecken und Mitteln zu erreichen, befindet sich in voller Auflösung. Aber wodurch wird sie ersetzt?»⁴⁶ Nicht nur im Rahmen der Grundlagenforschung, sondern auch in den positiven Fachbereichen stellt sich die Frage, wodurch eine positivistisch-rationale Darstellung der Abwägung von Zwecken und Mitteln differenzierter und erlebnisgetreuer erschlossen werden kann. Zweifelsohne sind verschiedene traditionelle Erkenntnisschritte für die Rechtsfindung erforderlich – letztlich determinieren können sie sie jedoch nicht.

Im Folgenden geht es also darum, Strukturelemente der Rechtsanwendung und insbesondere der Verfassungsrechtsprechung kenntlich zu machen. Entgegen vielen anderslautenden Beiträgen kommt einer bestmöglichen Falllösung im Spruchkörper eine besondere Bedeutung zu. Diese Intention ergibt sich nicht nur durch die Aufgabe der Gerichte, die Rechte des Einzelnen zu wahren, sondern auch mit Blick auf die oftmals weitreichenden gesellschaftlichen Wirkungen von Urteilen.

Dient das Urteil dazu, dem Beschwerdeführer seinen Anspruch gegen den Beschwerdegegner zu gewähren, oder dazu, für die Rechtsgemeinschaft festzustellen, was Recht ist, so geht man davon aus, dass es Recht bereits vorher gibt: Juristische Erkenntnis ist in diesem Sinne Rechtsfindung. Das Anstreben der bestmöglichen Lösung ist eine objektivistische Dimension in der Rechtsanwendung, für die es eine Mannigfaltigkeit von Perspektiven gibt. Die Interpretation der bestmöglichen Lösung ist je nach Argumentation und Standpunkt erheblich verschieden. So kommt aufgrund der prozessualen Anordnung von höchstrichterlichen Entscheidungen den verschiedenen Betrachtungsweisen im Spruchkörper eine spezifische Bedeutung für die Debatte um die bestmögliche Lösung zu. Die Variabilität der Perspektiven auf das gemeinsame Ziel der bestmöglichen Entscheidung erfordert letztlich die Überzeugung einer Mehrheit der Mitglieder des Spruchkörpers.

Von besonderer Bedeutung ist dabei auch, dass sich der juristisch verwendete Richtigkeitsbegriff nicht auf empirische Tatsachen beschränkt. Bereits für die Feststellung des Sachverhalts sind nicht nur äussere, in Zeit und Raum empirisch

⁴⁶ Luhmann, Paradoxie des Entscheidens, S. 288; vgl. auch Rafi, Gutes Urteil, S. 44.

darstellbare Geschehnisse relevant, sondern auch Zustände des menschlichen Seelenlebens wie Absicht, Gesinnung etc., die teilweise bereits als sachverhaltliche Prämissen (Präsumtionen) mitbestimmend sind. Die von solchen Sachverhaltsfeststellungen nicht immer einfach abgrenzbare Rechtsfrage hat ihre Grundlage in Gesetzen, die normativ verfasst sind und oft nicht-empirische Begriffe schützen. So etwa im Rahmen der persönlichen Freiheit oder der Religionsausübungsfreiheit. Das Gericht muss die Geschehnisse beurteilen und unter spezifischer Betrachtung des Einzelfalls aus den anwendbaren Normen verallgemeinerungsfähige Folgen entwickeln sowie diese auf den konkreten Einzelfall anwenden. Praktikable und im Rahmen der Rechtsgleichheit verallgemeinerbare, auch auf vergleichbare Fälle heranziehbare Lösungen für das menschliche Leben zu finden, ist nicht auf empirische Tatsachen beschränkt.

5.2 Phänomene der Evidenz

Wie im übrigen Leben sind für Entscheidungen Phänomene der Evidenz, der unmittelbaren Einsichtigkeit, auch bei methodengeleiteter Vorgehensweise von gewichtiger Bedeutung. Die vom Instruktionsrichter vorgeschlagene Entscheidung für den Fall – die meist eine unter mehreren dogmatisch denkbaren ist – muss im Spruchkörper ein Einsichtigkeitserlebnis hervorrufen, wie sie dies auch bei ihm oder ihr im Rahmen des Urteilsentwurfs getan hat. Die Objektivität der Entscheidung muss also trotz unterschiedlicher Perspektiven von der Mehrheit – und besser von allen Beteiligten – als das methodisch beste Teilbare etabliert werden, und dies vor dem Hintergrund, dass der Instruktionsrichter über die detailliertesten Dossierkenntnisse verfügt.

Evidenz steht im Verdacht, im Gegensatz zur rationalen Argumentation nicht teil- und nachvollziehbar zu sein. An ihr lassen sich dennoch einige Merkmale ausweisen, die aufgrund ihres tatsächlichen Gewichts auch für die Rechtsanwendung zu erschliessen sind. Evidenz ist erstens ereignisartig: Sie kommt über einen wie eine Erleuchtung oder Gewissheit. Man hat nicht das Gefühl, dass man sie sich erarbeitet hat. Einsichtserlebnisse zerschneiden zweitens den Blick auf den Fall in ein Vorher und in ein Nachher. Der Fall wird nicht mehr als offen, sondern als gelöst, als richtig behandelt betrachtet. Evidenzerlebnisse enthalten drittens einen Überschuss, den man kaum in Sprache umsetzen kann, und wenn doch, dann unter erheblichen Evidenzverlusten⁴⁷.

⁴⁷ In Anlehnung an Rüdiger Safranski, Das Unheil der Welt und das Glück der Philosophie, NZZ vom 24. November 2018, S. 49, der mit Bezug auf philosophische Erkennt-

Insofern kann nur das, was sich der Kraft einer Gewissheit verdankt, auch anderen einleuchten⁴⁸. Selbstverständlich gibt es dabei verschiedene Evidenzerlebnisse, verschiedene Weisen, wie ein Fall als im Rahmen der Dogmatik optimal gelöst betrachtet werden kann – und entsprechend oft auch sich widersprechende Positionen im Spruchkörper. Es gibt insofern eine Mannigfaltigkeit von Perspektiven, die einleuchtend sein können⁴⁹, sodass die Entscheidung notfalls – und verglichen mit den konsensual getroffenen Entscheidungen: selten – durch Mehrheitsentscheidungen gefunden werden muss⁵⁰.

Mit dem Urteil spricht das Gericht den Abschluss eines Prozesses aus⁵¹. Die durch die Methodik der Verfassungsrechtsprechung geprägten Erkenntnisschritte auf das Urteil hin sollen im Folgenden ins Zentrum der Betrachtung rücken. Sie lassen sich als methodologische Strukturen der Entscheidungsfindung darstellen, wie sie sich spezifisch im Bereich des Öffentlichen Rechts und im Besonderen für das Verfassungsrecht entwickelt haben.

Von den methodologischen Strukturen der Entscheidungsfindung kann dabei nicht erwartet werden, dass sie das Urteil für das Gericht materiell festlegen. Vielmehr stellen diese Gesichtspunkte dar, anhand derer die Normwirkung für den Einzelfall unter den verfassungsmässigen Voraussetzungen durch die Gerichte entwickelt wird.

Durch die judikative Begriffsbildung für die Anwendung von Gesetzes- und Verfassungsnormen werden die Urteile – wie sich zeigen wird – vorhersehbarer, aber insbesondere auch die Normwirkung feiner und rechtsgleicher entwickelt⁵².

nisse festhält: «Ich vermute, dass in der Geschichte der Philosophie nur das Bestand hat, was sich einem solchen Evidenzerlebnis verdankt».

⁴⁸ Safranski, Philosophie, S. 49.

⁴⁹ Vgl. Safranski, Philosophie, S. 49.

⁵⁰ Art. 58 Abs. 1 lit. b BGG.

⁵¹ Vgl. Rafi, Gutes Urteil, S. 48.

⁵² Vgl. dazu unten, Kap. 4 I 1 1.5 zu Art. 8 BV. Vgl. ähnlich Rafi, Gutes Urteil, S. 56.

III. Normativer Ausgangspunkt

1. Rechtsanwendung (Art. 1 ZGB)

Nach *Art. 1 ZGB* findet das Gesetz auf alle Rechtsfragen Anwendung, für die es nach Wortlaut oder Auslegung eine Bestimmung enthält⁵³. Die Erwähnung von «Wortlaut» und «Auslegung» legt in Abs. 1 die Annahme nahe, es handle sich um zwei verschiedene Arten der Rechtsanwendung, was jedoch unzutreffend ist: Der Wortlaut ist Gegenstand der Auslegung⁵⁴. Die Erwähnung beider Begriffe berücksichtigt insofern, dass es Fälle gibt, in denen der Wortlaut klar ist, der Rechtswender also nicht (weiter) auslegen muss, und andere, in denen dies notwendig ist⁵⁵. Dabei sind Fälle der Rechtsanwendung, die allein nach dem Wortlaut entschieden werden können, selten⁵⁶.

Das Bundesgericht führt denn auch aus, die Gesetzesbestimmungen seien in erster Linie nach ihrem Wortlaut auszulegen⁵⁷. An einen klaren Gesetzeswortlaut sei die rechtsanwendende Behörde gebunden⁵⁸. Abweichungen vom klaren Wortlaut seien gleichwohl zulässig oder sogar geboten, wenn triftige Gründe zur Annahme bestünden, dass dieser nicht dem wahren Sinn der Bestimmung entspreche⁵⁹. Solche Gründe könnten sich aus der Entstehungsgeschichte der Norm, aus ihrem Sinn und Zweck oder aus dem Zusammenhang mit anderen Vorschriften ergeben⁶⁰. Vom klaren Wortlaut könne ferner abgewichen werden, wenn die grammatikalische Auslegung zu einem Ergebnis führe, das der Gesetzgeber nicht gewollt haben könne⁶¹. «Im Übrigen» seien bei der Auslegung «alle herkömmlichen Auslegungselemente zu berücksichtigen»⁶².

⁵³ Art. 1 Abs. 1 ZGB.

⁵⁴ Vgl. auch Rödiger, Erkenntnisverfahren, S. 282.

⁵⁵ BSK-ZGB, Honsell, N. 4 ad Art. 1.

⁵⁶ Vgl. auch BSK-ZGB, Honsell, N. 1 ad Art. 1.

⁵⁷ BGE 143 II 685 E. 4 S. 689 f.

⁵⁸ BGE 143 II 685 E. 4 S. 689 f.

⁵⁹ BGE 143 II 685 E. 4 S. 689 f.

⁶⁰ BGE 143 II 685 E. 4 S. 689 f.

⁶¹ BGE 143 II 685 E. 4 S. 689 f.

⁶² BGE 143 II 685 E. 4 S. 689 f.; vgl. auch BGE 140 II 80 E. 2.5.3 S. 87; 139 IV 62 E. 1.5.4 S. 74 f.

Die Schwierigkeit dieser Sinnermittlung mit den herkömmlichen Auslegungsmethoden besteht zunächst darin, dass die Ergebnisse, welche die einzelnen Auslegungskriterien liefern, selbst uneindeutig sein können oder sich gar widersprechen⁶³. Das Bundesgericht anerkennt mithin keine Rangfolge der Auslegungselemente, sondern bekennt sich zum sog. Methodenpluralismus. Dabei gibt es einigen Grund zur Annahme, das Gericht gebe – entgegen dem oft angeführten Bekenntnis zum Methodenpluralismus – im Rahmen der Auslegung der *teleologischen Auslegung* spezifisches Gewicht⁶⁴, aber auch verfassungsrechtlich fundierten Gesichtspunkten, welche die Methodenwahl selbst definieren⁶⁵.

Nach Art. 1 Abs. 2 ZGB soll das Gericht – soweit dem Gesetz keine Vorschrift entnommen werden kann – nach Gewohnheitsrecht und, wo auch ein solches fehlt, nach der Regel entscheiden, die es als Gesetzgeber aufstellen würde (Art. 1 Abs. 2 ZGB). Es ist dabei umstritten, ob sich die Formulierung ausschliesslich auf Lücken bezieht oder nicht⁶⁶. Geht man wie hier – u.a. gestützt auf den Umstand, dass «Vorschrift» nicht bloss eine spezifische Gesetzesnorm meinen muss und Lücken in der Bestimmung nicht erwähnt werden⁶⁷ – davon aus, dass sich diese Formulierung nicht ausschliesslich auf Lücken bezieht, so erstreckt sich die Anerkennung der Präjudizien als subsidiäre Rechtsquelle auch auf die Anwendung des Rechts (Art. 1 Abs. 1 ZGB)⁶⁸. In ständiger Praxis wendet das Bundesgericht den Grundsatz von Art. 1 Abs. 2 ZGB auch im Öffentlichen Recht an, wobei nur vergleichsweise wenig Fälle dazu ergangen sind⁶⁹. Im Bereich des Öffentlichen Rechts sind kaum je Lücken auszumachen. Selbst wenn der nationale oder der kantonale Gesetzgeber eine Materie nicht regelt, ist dem Bundesgericht die Überprüfung gestützt auf übergeordnetes Recht, in der Regel Verfassungsrecht, möglich⁷⁰.

⁶³ Vgl. oben, Kap. 2 II 2; Hänni, Hermeneutik, S. 80.

⁶⁴ Vgl. etwa Dubs, Ratio legis, S. 26.

⁶⁵ Hierzu insb. Kap. 4 I 1 1.4.

⁶⁶ Art. 1 Abs. 2 ZGB. Bejahend BK-ZGB 1966, Meier-Hayoz, N. 243 ff., 313 ad Art. 1; verneinend ZK-ZGB, Dürr, N. 358 ff. ad Art. 1.

⁶⁷ Vgl. auch ZK-ZGB, Dürr, N. 358 ad Art. 1.

⁶⁸ Vgl. hiervor Kap. 3 V 3 3.1. So auch die überwiegende Meinung in der Lehre: BK-ZGB 2012, Emmenegger/Tschentscher, N. 474 ad Art. 1, und ZK-ZGB, Dürr, N. 543 f. ad Art. 1, je m.w.H.

⁶⁹ Vgl. etwa BGE 99 Ib 267 E. 5 S. 280 ff.; vgl. auch BSK-ZGB, Honsell, N. 8 ad Art. 1.

⁷⁰ Vgl. z.B. Biaggini, Ratio legis, S. 65 f. mit Hinweisen; BGer 2C_608/2017 vom 24. August 2018 E. 6.5.2; BGE 136 II 415 ff.

In der Auswahl der Regel, nach der er als Gesetzgeber entscheiden würde, ist das Gericht nicht frei⁷¹. Art. 1 Abs. 3 ZGB schreibt ihm vor, «bewährter Lehre und Überlieferung» zu folgen. Zu der bewährten Überlieferung gehört in erster Linie die Gerichtspraxis⁷², insb. die Entscheide des Bundesgerichts. Das Gericht hat dann *Regeln* zu bilden⁷³. Der Stellenwert der «Präjudizien» ist für die Stabilisierung der Rechtsfindung besonders wichtig und höher einzuschätzen, als dies die ältere Lehre tut⁷⁴. So entfalten gerade Präjudizien eine Wirkung auf die Auslegung bzw. Konkretisierung der Norm⁷⁵ und sind damit *de facto* regelmässig auch unter dem Blickwinkel von Art. 1 Abs. 1 ZGB relevant. Eine deutlich stärkere Strukturierung der Rechtserkenntnis ergibt sich allerdings – wie sich im Lauf der Untersuchung zeigt – aus dem Verfassungsrecht.

2. Öffnung der juristischen Methode zur Verfassung

Die Methodenliteratur ist privatrechtlich geprägt. Die verfassungsrechtlich fundierten Vorgaben für die Entscheidungsfindung finden noch immer zu selten eine angemessene Beachtung⁷⁶. Der rechtliche Rahmen, den die Verfassung für die Tätigkeit der Interpreten im Rechtsverwirklichungsprozess setzt⁷⁷, ist nicht nur für die Gesetzgebung, sondern auch für die Rechtsanwendung von signifikanter Bedeutung.

Für Aussagen im Verfassungsgefüge über die Funktion der gerichtlichen Interpreten wird meist auf Art. 1 ZGB verwiesen. Aber Art. 1 ZGB kann nach der Ansicht

⁷¹ BSK-ZGB, Honsell, N. 37 ad Art. 1.

⁷² BSK-ZGB, Honsell, N. 39 ad Art. 1. Es wäre unrealistisch, anzunehmen, dass ein Gericht eher den Überlegungen einzelner Gelehrter folgen würde als den bewährten Maximen der Judikatur. Dass das Gesetz die bewährte Lehre vor der Überlieferung nennt, ist bedeutungslos; BSK-ZGB, Honsell, N. 38 ad Art. 1.

⁷³ Art. 1 Abs. 2 ZGB.

⁷⁴ Vgl. BK-ZGB 1966, Meier-Hayoz, N. 497 ff. ad Art. 1; kritisch dazu BSK-ZGB, Honsell, N. 39 ad Art. 1.

⁷⁵ Vgl. insb. unten, Kap. 4 I 3 3.7.

⁷⁶ Vgl. bereits Biaggini, Symposium, S. 40.

⁷⁷ Biaggini, Symposium, S. 45.

von verschiedenen Autoren hierauf keine schlüssige Antwort geben⁷⁸. Art. 1 ZGB kann nicht allein der Ort sein, der die Schlüssel zur Methodenfrage birgt⁷⁹. Die Methodenfrage beschlägt Fragen insbesondere der Funktionen der richterlichen Interpreten im Verfassungsgefüge. Bereits RHINOW hat entsprechend für die Öffnung der juristischen Methode zur Verfassung plädiert⁸⁰.

Die Verfassung hat die Aufgabe, die staatliche Regelung und den Entscheidungsprozess zu organisieren⁸¹. Zu diesem Zweck legt die Verfassung auf einer basalen Ebene Entscheidungszuständigkeiten fest und weist Regelungsbefugnisse zu. Sie äussert sich dabei jedoch, zumindest implizit, auch zum Verhältnis von Richterinnen und Richtern zum Recht und setzt unter anderem etwa – wie dies wissenschaftlich bereits dargestellt wurde – der richterlichen Rechtsschöpfung und -fortbildung Schranken⁸².

Die Verfassung setzt insofern einen rechtlichen Rahmen für die Tätigkeit des Rechtsanwenders und ist für die Methodik von höchster Relevanz⁸³. Sie normiert und strukturiert dabei auch die Erkenntnisschritte im Rahmen der Rechtsfindung. Die Verfassungsnormen überlassen dem Gericht einen Raum, den es für die Entscheidungsfindung wahrnimmt und wahrnehmen muss, der mithin die Entscheidungsstruktur normativ prägt und letztlich auf logische Erkenntnisschritte zurückgeführt werden kann. Genau dieser Raum, den die Verfassung und auch weitere Gesetze dem Gericht für die Entscheidungsfindung zuweisen, soll im Folgenden erläutert werden.

Die Betrachtung der Rechtsanwendung im Bereich des Öffentlichen Rechts ermöglicht auf diese Weise eine Verschiebung der Akzente in den Methoden der Rechtsfindung auf die Verfassung hin. Verschiedene verfassungsrechtliche Postulate erlangen spezifische Bedeutung, indem sie abstrakte judikative Erwägungen in stabilen Folgebeziehungen auf die normativen Grundlagen zurückführen. Im Rahmen der Erarbeitung und Darstellung solcher Folgebeziehungen werden spezifische Formen verfassungsgeprägter Erkenntnisschritte dargestellt, die strukturell deutlich über die verfassungskonforme Auslegung hinausgehen. Ver-

⁷⁸ Zur begrenzten Bedeutung des Art. 1 ZGB vgl. Biaggini, Verfassung und Richterrecht, S. 103 f.

⁷⁹ Vgl. Biaggini, Symposium, S. 37.

⁸⁰ Rhinow, Methodik, S. 182 f.; Biaggini, Symposium, S. 38.

⁸¹ Vgl. altBV-Komm, Eichenberger, N. 79 ff. ad Verfassungsrechtliche Einleitung; Grimm, Verfassung, S. 633 ff.; Biaggini, Symposium, S. 38.

⁸² Rhinow, Methodik, S. 182.

⁸³ Biaggini, Symposium, S. 44; Rhinow, Methodik, S. 185.

fassungsrechtlich geprägte Erkenntnisschritte hinterlassen möglicherweise (oder gar wahrscheinlich) auch in anderen Rechtsbereichen tiefe Spuren für die Entscheidungsfindung und Methodik der Rechtsanwendung.

Ziel der Darstellung ist, Regelmässigkeiten der Entscheidungsfindung als normative Gesichtspunkte wiederholbarer Methodik nachvollziehbar zu machen. Erfolgen soll schliesslich eine *staatsrechtliche* Einordnung der Funktion des Gerichts. Die Frage, die der Untersuchung zugrunde liegt, ist durch die Frage der Strukturierung des Entscheidungsprozesses und durch die Darstellung der Funktion des Gerichts letztlich eine verfassungsrechtliche⁸⁴.

⁸⁴ Es ist darauf hinzuweisen, dass die verfassungsrechtlichen Grundlagen auch im Zivil- und Strafrecht stetig an Bedeutung gewinnen; vgl. J. P. Müller, Freiheit, S. 43 ff., *passim*.

Kapitel 2: Fragestellung und juristische Erkenntnismodelle

I. Vorgehen

1. Juristisches Erkenntnisverfahren: Erfordernis der vollständigen Darstellung der Erkenntnisschritte

Im Rahmen der Rechtsfindung existieren verschiedene Erkenntnisschritte, die als Formen der Ausübung der Entscheidungsbefugnisse dargestellt werden können. Die Prozesse richterlicher Kognition orientieren sich dabei an bereits etablierten Begriffen des Rechts. Hinzu kommen aber auch zusätzliche Begriffe neuer – bisher wenig thematisierter – judikativer Entscheidungsstrukturen. Während etablierte materielle und prozessuale Rechtsbegriffe in einer ersten Annäherung die Zulässigkeit von juristischen Mitteln umgrenzen, fokussiert sich die Analyse judikativer Entscheidungsstrukturen auf die Frage, wie mit diesen Grenzen im Rahmen der Entscheidungsfindung umgegangen wird. Insbesondere wird untersucht, wie die Erkenntnisschritte verfassungsrechtlich stabilisiert werden. Um sie als Element des Rechts darstellen zu können, müssen die Erkenntnisschritte zunächst als Wege (Methoden) zur Urteilsfindung wiederholbar sein.

Das Erkenntnisinteresse der Untersuchung fokussiert sich also darauf, den Umgang des Gerichts mit dem ihm zugewiesenen *Raum der Rechtsanwendung* in Grundstrukturen darzustellen. In der Rechtsanwendung erfolgt eine judikative Rekonstruktion der Normaussage⁸⁵ auf den Einzelfall hin. Die Erkenntnisschritte sind dabei normativ so zu fassen, dass ihre Einhaltung auch eine Bedingung für die Verfassungsmässigkeit des Urteils ist. Als unerlässliche Bestandteile des judikativen Erkenntnisprozesses strukturieren sie die Genese des Urteils. Entsprechende Erkenntnisschritte sind daher als Bestandteil der juristischen Dogmatik zu verstehen und in den Grundzügen im Urteil auszuweisen.

⁸⁵ Vgl. Gächter, Rechtsmissbrauch, S. 230.

2. Normative Herangehensweise

Die Rückbindung an das Recht erfordert klare Folgerungsbeziehungen. In der Anwendung zeigt sich rasch, dass die *Rechtsbindung* – wie dies der Wortlaut der Verfassung ausdrücklich festhält – nicht einfach «Gesetzesbindung» ist, sondern oft oder gar regelmässig strukturell über sie hinausgeht⁸⁶. (Nicht nur) im Öffentlichen Recht sind gerade die unbestimmten Verfassungsbegriffe und verschiedenen Normebenen gleichzeitig zur Anwendung zu bringen, was Interpretations- und Kombinationsräume eröffnet. Die Rechtsbindung gibt noch keine Auskunft darüber, wie mit den damit (paradoxerweise) verbundenen Freiräumen, die Teil der Handlungsfähigkeit der Dritten Gewalt sind, umzugehen ist. In dieser Beziehung entfalten weitere Verfassungsbestimmungen ihre Wirkung. Dazu gehören Art. 30 BV (die richterliche Unabhängigkeit) und Art. 6 BV, Art. 191c BV (institutionelle Unabhängigkeit der Dritten Gewalt) sowie insbesondere Art. 8 und 9 BV (die Rechtsgleichheit und das Willkürverbot). Aus den Verfassungsnormen stammen und entwickeln sich normative Massstäbe, welche die Entscheidung im konkreten Fall mit anleiten⁸⁷.

Innerhalb der Jurisprudenz ist es die Praxis selbst, die die Folgerungsbeziehungen zur Norm hervorbringt. Durch sie sollen primär die verfassungsmässigen Voraussetzungen eingehalten werden; darüber hinaus soll sie durch Kohärenz und Transparenz auch die Folgeerwartungen nach Einzelfallentscheidungen absichern⁸⁸. Die zentrale Forschungsfrage bezieht sich also auf die Analyse, durch welche Erkenntnisschritte die höchsten Gerichte diese Folgerungsbeziehungen herstellen und nach welchen normativen Kriterien sie sich leiten lassen. Die so zu erfassende Strukturierung, die von den Gerichten entwickelt wird, absorbiert in entscheidendem Mass die normative Unterbestimmtheit der Rechtsnormen.

Die Folgerungsbeziehungen resultieren – wie im weiteren Verlauf dargelegt wird – nicht bereits aus der Ableitung der Rechtsfolge von Normen mit allgemeinem Geltungsanspruch. Die Entwicklung der Folgerungsbeziehung zur Norm beinhaltet *kreative Kräfte*. Um ihre Struktur aufzuzeigen, ist es erforderlich, die Rechtserkenntnis als einen insbesondere verfassungsrechtlich strukturierten Entscheidungsprozess anzusehen. Verwirklicht wird die Rechtserkenntnis durch die argumentative Entwicklung von Folgerungsbeziehungen zur Norm, und zwar –

⁸⁶ Vgl. SGK-BV, Schindler, N. 19 ad Art. 5.

⁸⁷ Vgl. ähnlich Lembcke, Praxis, S. 74.

⁸⁸ Vgl. zu diesem letzten Aspekt auch Lembcke, Praxis, S. 76.

soweit solche schon bestehen – in Auseinandersetzung mit den bereits entwickelten Folgerungsbeziehungen, d.h. im Kontext von Präjudizien.

Dabei ist zu beachten: Kein höchstgerichtlicher Fall liegt wie der andere, und ein Raum für die Entscheidung ergibt sich letztlich aus der Einzelfallbetrachtung. Die normative Wirkung erweist sich letztlich als eine – im Rahmen der Dogmatik beschränkt – dezisionistische, sinnermittelnde; eine Streitsache ist durch das juristische Erkenntnisvermögen eigenständig zu erschliessen (juristische Urteilstkraft). Für eine gewisse letzte Offenheit der Entscheidung werden verschiedene Metaphern verwendet (etwa Grenze oder der «Sprung»; vgl. KIERKEGAARD⁸⁹), und oftmals erweist sich die letzte Erschliessung als gefühlgeleitet⁹⁰. In Grenzfällen werden intersubjektive Prozesse den Entscheidungsspielraum festlegen, typischerweise durch Mehrheitsentscheidungen in einer öffentlichen Beratung⁹¹. Die Erkenntnisprozesse bis dorthin gilt es zu erschliessen.

3. Genese des Urteils: Divergenz zwischen Entscheidfindung und Begründung

Um die heute oftmals als «Blackbox» bezeichnete Entscheidfindung zu analysieren, wird der Erkenntnisprozess in verschiedene Phasen unterteilt. Die Untersuchung differenziert hierzu terminologisch zunächst zwischen Entscheidfindung und Urteil. Die Entscheidfindung umschreibt den Prozess des Zustandekommens eines Urteils, das Urteil dagegen das Produkt der Rechtserkenntnis, das den Parteien eröffnet und für die Öffentlichkeit nach einer Sperrfrist zugänglich gemacht wird. Im Prozess der Entscheidfindung findet sich – je nach Verfahrensart unterschiedlich – ein Zeitpunkt, zu dem der Fall im Sinne des Dispositivs entschieden ist (Entscheidung). Als Terminologie für die Genese des Urteils ergibt sich demnach die Dreiteilung: Entscheidfindung – Entscheidung («Lösung») – Urteil (Entscheidungsdarstellung). Für die Strukturierung des Erkenntnisprozesses ist insbesondere die Phase der Entscheidfindung relevant.

Die Entscheidfindung wird dabei anhand von typischen Erkenntnisschritten im Bereich des Öffentlichen Rechts analysiert. Untersucht werden könnte dabei auch, inwieweit prozessuale Konstellationen die Wahl der Erkenntnismodelle mitprä-

⁸⁹ Kierkegaard, Philosophische Brocken, S. 41, IV 210 f.

⁹⁰ Dazu Hänni, Gefühl am Grund der Rechtsfindung, S. 181 f., passim.

⁹¹ Art. 58 Abs. 1 lit. b BGG.

gen. Fünf charakteristische prozessuale Konstellationen wären dabei das Ordentliche Verfahren (Art. 20 Abs. 1 BGG), Verfahren in Fünferbesetzung (Art. 20 Abs. 2 und 3 BGG), Verfahren mit mündlicher Beratung (Art. 58 Abs. 1 BGG), vereinfachtes Verfahren (Einzelrichterverfahren nach Art. 108 BGG, summarisches Verfahren nach Art. 109 BGG).

Die verschiedenen Verfahren weisen mit Blick auf ihre *normativen verfassungsrechtlichen Grundlagen* des Rechtserkenntnisprozesses jedoch die gleichen Merkmale auf. Sie bringen daher für die Erarbeitung der Grundprinzipien keine wesentlichen neuen Erkenntnisse⁹². Die Grundzüge der Entscheidungsfindung sind unabhängig der Verfahrensarten zu bestimmen.

4. Das etablierte «Subsumtionsmodell der Rechtsanwendung» als Teilmodell

Wie lassen sich Grundzüge der Entscheidungsfindung unabhängig der konkreten Verfahrensarten bestimmen? Von welchem Erkenntnismodell soll ausgegangen werden? Nach SCHOPENHAUER ist die Syllogistik wichtigstes Element der Rechtsfindung: «Hingegen liefert den förmlichsten und grossartigsten Syllogismus, und zwar in der ersten Figur, jeder gerichtliche Prozess».⁹³ Damit ist aber noch nicht gesagt, dass sich Rechtserkenntnis darin erschliesst.

Die Annahme, Rechtserkenntnis ergebe sich durch syllogistische Schlüsse, fusst zunächst auf der Vorstellung, dass Rechtsfindung fast ausschliesslich die Ableitung der Rechtsfolge von den Normen sei. Diese Auffassung beruht im Wesentlichen auf dem im Rahmen des (19. und) 20. Jahrhunderts vorherrschenden Dogma der Lückenlosigkeit der Rechtsordnung. Durch dieses wurde die Notwendigkeit der gerichtlichen Eigenwertung vollumfänglich in Abrede gestellt⁹⁴.

Werden Richterinnen und Richter auf die Methodik des Entscheidens angesprochen, so nennen sie in der Regel die Stichworte der Auslegung und der Sub-

⁹² Zu einem anderen Schluss würde womöglich etwa eine psychologisch-soziale Betrachtung führen (Verhalten im schriftlichen Verfahren gegenüber dem mündlichen Entscheidungsprozess der öffentlichen Beratung etc.), die aber nicht Gegenstand der vorliegenden Untersuchung bildet.

⁹³ Schopenhauer, 2. Band, Ergänzungen zum ersten Buch, Zweite Hälfte, Kap. 10, S. 129.

⁹⁴ Vgl. zur Entwicklung, unter Bezugnahme auf Positivismus und Begriffsjurisprudenz, Gächter, Rechtsmissbrauch, S. 231.

sumtion⁹⁵. Die Ermittlung dessen, was im Gesetz steht, also die Rekonstruktion des Normsinns, spielt eine wesentliche Rolle. Hinlänglich bekannt sind auch die Schwierigkeiten des Ermitteln des Normsinns mit den klassischen Auslegungscanones infolge mangelnder Steuerungswirkung⁹⁶. Es erscheint mit Blick auf die geringe Steuerungskraft der *canones* unwahrscheinlich, dass nur sie die Auslegung strukturieren. Insbesondere die gerichtliche Entwicklung der *Anwendungsformen der Norm* unter Berücksichtigung bereits entschiedener Fallkonstellationen wird dabei vernachlässigt.

Wie die folgenden Ausführungen nahelegen, vermag weder die Auslegung nach den *canones* noch das Subsumtionsmodell der Rechtsanwendung die normativen Entscheidungsvorgänge im Erkenntnisverfahren vollständig zu erfassen. Das Subsumtionsmodell steht für die Möglichkeit, die Resultate des Erkenntnisprozesses «sortiert» darzustellen⁹⁷, mithin ihn transparent zu machen. Wird das Subsumtionsmodell dabei als Rechtsfindungsmodell herangezogen, entspricht dies nicht dem Wesen seiner Logik als Wahrheitserhaltungsmodell⁹⁸. Im Rahmen der Entscheidungsfindung erschöpft sich die Aufgabe der Gerichte nicht in der Heranziehung der *canones* und der Subsumtion.

5. Suche nach weiteren tragenden normativen Elementen der Entscheidungsfindung

Aufgabe der folgenden Ausführungen ist es demnach, gestützt auf jüngst ergangene Urteile und die neuere Forschung Strukturelemente zusammenzutragen, die die Entscheidungsfindung methodologisch-normativ regeln. Erkenntnismodelle lassen sich vielfach auf logische Grundoperationen zurückführen. Die Wirkung der zusammenzutragenden Elemente soll anhand von Fallbeispielen insbesondere im Bereich der Verfassungsrechtsprechung veranschaulicht werden.

Im Rahmen der Untersuchung werden zunächst die erforderlichen Grundlagen für Theoriemodelle der Rechtsfindung zusammengetragen (nachfolgend Kapitel 2.II.). Sodann wird anhand von Urteilen im Bereich des Öffentlichen Rechts untersucht, welche normativen Erkenntnismethoden verwendet werden (nachfolgend Kapi-

⁹⁵ Strauch, Mustererkennung, S. 335.

⁹⁶ Biaggini, Verfassung und Richterrecht, S. 296 ff.

⁹⁷ Bung, Subsumtion, S. 9.

⁹⁸ Vgl. Bung, Subsumtion, S. 10.

tel 3). Anhand der Analyse typischer Fallkonstellationen ist herauszufinden, welche normativen Entscheidungsmechanismen in der Gerichtspraxis Anwendung finden und wie diese dogmatisch etabliert werden können (Kapitel 3.V. und 3.VI.).

Die zu erarbeitende Analyse ist auf der Stufe der höchsten Gerichtsbarkeit der Schweiz angesiedelt (Bundesgericht) und betrifft daher primär Rechtsfragen. Für das nationale Verfassungsrecht relevante Entscheidungsmechanismen und Entscheidungen des Europäischen Gerichtshofs für Menschenrechte (EGMR) werden mitberücksichtigt.

II. Juristische Auslegungsregeln

1. Das vom Gesetzgeber Vor-Entschiedene als Ausgangspunkt

Im demokratischen, gewaltenteiligen Verfassungsstaat hat der Rechtsanwender stets von der *Entscheidung der Gesetzgebung* auszugehen⁹⁹. Entsprechend ist zu prüfen, was die Gesetzgebung bereits vorentschieden hat bzw. was sie umgekehrt nicht abschliessend entschieden – offengelassen – hat und demnach gerichtlich ausgelegt werden muss¹⁰⁰. Im Rahmen der Auslegung stellen sich sodann typischerweise Fragen wie: Was ist Sinn und Zweck der Regelung und mit welcher Interpretation aktualisiert sich der Zweck gestützt auf die konkret zu beurteilende Fallkonstellation?

Die Auslegung der Norm stellte schon immer eine anspruchsvolle Aufgabe dar¹⁰¹. Die Gründe für die Komplexität der Auslegung sind allgemeiner Art und liegen bereits im Auftreten neuer, von der Normsetzung nicht vorausgesehener Sachverhaltskonstellationen begründet und zu einem bestimmten Grad auch in der Vielschichtigkeit der anwendbaren Normen. Die Schwierigkeit der Auslegung muss also nicht erst aufgrund von Normwidersprüchen, in der mangelnden Koordina-

⁹⁹ Vgl. statt vieler Biaggini, Symposium, S. 41.

¹⁰⁰ Vgl. Biaggini, Symposium, S. 41.

¹⁰¹ Vgl. Biaggini, Symposium, S. 27.

tion der Normsetzung oder in der vermehrten Internationalität der Regelungen gesucht werden¹⁰².

Insofern betrifft die Aussage von LARENZ, wonach es Aufgabe der Gesetzesauslegung sei, «Normwidersprüche auszuräumen, Fragen der Normkonkurrenz und der Konkurrenz von Regelungen zu beantworten», nur einen kleinen Teil der Auslegung. Eine wesentlich grössere Bedeutung kommt dem zweiten Teil seines berühmten Zitats zu, nämlich «ganz allgemein [die] Tragweite einer Regelung auszumessen» und «allenfalls auch, die Regelungsbereiche, wo immer das erforderlich ist, gegeneinander abzugrenzen»¹⁰³.

2. Eingeschränkte Bedeutung der klassischen *canones*

Die juristische Methodenlehre sieht einen *Kanon von vier Auslegungsregeln* vor, bestehend aus dem grammatischen, dem logischen, dem historischen und dem systematischen Element¹⁰⁴. In der neueren Methodentheorie ist das teleologische an die Stelle des logischen Elements getreten¹⁰⁵.

Die klassischen Auslegungsregeln haben in der Verfassungsrechtsprechung – wie auch in anderen Rechtsgebieten – eine relativ geringe eigenständige Bedeutung. Die Gründe sind zunächst in der Struktur der Auslegungselemente selbst zu suchen.

Das *grammatikalische Element* bietet einen Einstieg, aber häufig keinen festen Halt, zum einen wegen der Unschärfe der menschlichen Sprache. Die Bindung an Texte hat sich – selbst bei präziser Begrifflichkeit – insgesamt als ungesichert erwiesen¹⁰⁶. In Anlehnung an WITTGENSTEIN ist die Textbedeutung ihr Gebrauch in der Rechtssprache¹⁰⁷. Es kommt mithin auf den Gebrauch von Begriffen im sprachlich-sozialen Kontext an; denn erst durch das Wissen, *wie* sich ein Begriff

¹⁰² Vgl. den Überblick bei Jaag/Hänni, Europarecht, N. 4001 ff.; Epiney et al., Parallelität, S. 1 ff.; unten, Kap. 2 II 5 5.3.

¹⁰³ Larenz, Methodenlehre 1991, S. 313; Gächter, Rechtsmissbrauch, S. 231 f.

¹⁰⁴ Raisch, Methoden, S. 2 und 103 ff.; Biaggini, Symposium, S. 31.

¹⁰⁵ Biaggini, Symposium, S. 31; Häberle, Grundrechtsinterpretation, S. 917.

¹⁰⁶ Vgl. Hänni, Hermeneutik, S. 75 ff.; Hänni, Wittgenstein, S. 220 ff.

¹⁰⁷ «Die Bedeutung eines Wortes ist sein Gebrauch in der Sprache»; Wittgenstein, Philosophische Untersuchungen, Urfassung (MS 142), FF 40 (41).

in seinem gesellschaftlichen Sprachgebrauch wandelt, kann auch seine Bedeutung für den konkreten Fall erfasst werden¹⁰⁸. Zum anderen umfasst eine Rechtsordnung viele unbestimmte, mit Wertungen zu erschliessende Rechtsbegriffe¹⁰⁹. Wenn etwa in Art. 8 der Verfassung steht, alle Menschen sind vor dem Gesetz gleich, mit anderen Worten jede Ungleichbehandlung einen sachlichen Grund erfordert, ist durch die Auslegung festzusetzen, worin ein solcher sachlicher Grund liegen kann.

Das Bundesgericht führt aus, die Gesetzesbestimmungen seien (jedenfalls) in erster Linie nach ihrem Wortlaut auszulegen¹¹⁰. An einen klaren Gesetzeswortlaut sei die rechtsanwendende Behörde gebunden¹¹¹. Abweichungen vom klaren Wortlaut seien zulässig oder sogar geboten, wenn Gründe zur Annahme bestünden, dass er nicht dem wahren Sinn der Bestimmung entspreche¹¹². Vom klaren Wortlaut könne ferner abgewichen werden, wenn die grammatikalische Auslegung zu einem Ergebnis führe, das die Gesetzgebung nicht gewollt haben könne¹¹³.

In gewissen Konstellationen kann der Wortlaut eine Grenze der rechtlichen Auslegung und Rechtsfortbildung bilden. In zahlreichen anderen Fällen wird der Wortlaut das normativ Gesollte nicht hinreichend zum Ausdruck bringen. Es gibt somit Fälle, in denen es einem rechtsstaatlich demokratischen Gebot entspricht, sich bei der Gesetzesauslegung strikt am Wortlaut zu orientieren. In zahlreichen anderen Fällen hilft der Wortlaut zur Ermittlung des Normsinns nicht entscheidend weiter. Die Auslegung führt regelmässig über den Wortlaut hinaus¹¹⁴. Der Wortlaut ist insofern «nicht Mittel, sondern Gegenstand der Auslegung»¹¹⁵.

Die *systematische Auslegung* sucht, durch die systematische Stellung einer Norm zusätzliche Auslegungserkenntnisse zu erlangen. Sie kann Hinweise für die Interpretation geben. Weil die Gesetzgebung – als Ganzes, aber auch in vielen Teilen –

¹⁰⁸ Hänni, Hermeneutik, S. 82 f.

¹⁰⁹ Biaggini, Symposium, S. 33; Koch/Rüssmann, Begründungslehre, S. 67 ff.; Rhinow, Methodik, S. 57.

¹¹⁰ BGE 143 II 685 E. 4 S. 689 f. Vgl. hiervor III. 1.

¹¹¹ BGE 143 II 685 E. 4 S. 689 f.

¹¹² BGE 143 II 685 E. 4 S. 689 f.

¹¹³ BGE 143 II 685 E. 4 S. 689 f.

¹¹⁴ Vgl. BSK-ZGB, Honsell, N. 3 ad Art. 1.

¹¹⁵ Rödiger, Erkenntnisverfahren, S. 282. A.M. F. Müller/Christensen, Methodik, S. 244 ff.; kritisch dazu Rhinow, Methodik, S. 158 ff.; vgl. auch Ogorek, Wortlaut, S. 21 ff., *passim*; Biaggini, Symposium, S. 34.

keine nahtlose Systematik beinhaltet¹¹⁶, ist die systematische Auslegung von Bundesgesetzen gleichwohl regelmässig nicht fallentscheidend.

Sowohl die *verfassungskonforme als auch die völkerrechtskonforme Auslegung* sind Spezialfälle der systematischen Auslegung. Sie sind für die Verfassungsrechtsprechung von grösserer Bedeutung. Sie liefern zusätzliche Gesichtspunkte, an denen sich die Urteilsbildung mit orientiert. Bei der völkerrechtskonformen Auslegung sind nationale Normen in Übereinstimmung mit völkerrechtlichen Normen auszulegen. Bei der verfassungskonformen Auslegung bilden Grundrechtsnormen gewöhnlich den Referenzmassstab. Sie sind meist vage formuliert¹¹⁷ und bilden insofern verbindliche Vorgaben im Sinne von zunächst allgemeinen Gesichtspunkten für die Urteilsfindung¹¹⁸, die ihrerseits konkretisierungsbedürftig sind.

Die *historische Auslegung* soll für die Auslegung den ursprünglichen Willen der Gesetzgebung rekonstruieren. Sie ist als Indiz des durch die Gesetzgebung Intendierten wichtig, führt jedoch weit weniger zu klaren Auslegungsergebnissen, als dies gemeinhin angenommen wird. Die Diskussion im Gesetzgebungsverfahren erweist sich in aller Regel als heterogen, ungleichartig und vielschichtig. Konkrete entscheidungsrelevante Hinweise lassen sich in den Materialien in der Regel nicht ausfindig machen¹¹⁹.

Die *teleologische Gesetzesauslegung* erfährt in der Rechtsanwendung ein spezifisches Gewicht. So zeigt die Forschung auf, dass die Bedeutung des teleologischen Elements oft gewichtiger ist als diejenige anderer Auslegungsregeln. Das Bundesgericht macht gerade in der neueren Rechtsprechung deutlich, dass das Gesetz auf Basis einer teleologischen Verständnismethode ausgelegt werden müsse¹²⁰. Auch das Schrifttum stellt sich (teilweise schon früh) auf den Standpunkt, dass das Bundesgericht konsequent die teleologische Methode anwende¹²¹. Der Sinn und Zweck einer Norm oder Normgruppe wird auch in der vorliegenden Schrift als besonders wichtiges Auslegungskriterium verstanden, vermag aber allein die Ent-

¹¹⁶ Vgl. Biaggini, Symposium, S. 33.

¹¹⁷ Biaggini, Symposium, S. 33.

¹¹⁸ Vgl. dazu im Detail unten, Kap. 3 VI.

¹¹⁹ Vgl. für ein kürzliches Beispiel BGE 138 II 524 E. 5 S. 532 ff.; vgl. bereits Biaggini, Symposium, S. 33.

¹²⁰ Statt vieler BGE 141 III 195 E. 2.4 S. 198.

¹²¹ Dubs, Ratio legis, S. 22.

scheidfindung nicht hinreichend zu strukturieren und die Methodik der Entscheidungsfindung noch nicht zu erklären. Auch wenn sich die teleologische Auslegungsmethode oft auf Zweckartikel oder ähnliche Bestimmungen stützen kann, bleibt sie für den konkreten Fall Gegenstand von die Norm erschliessenden Wertungen¹²². Wie stark das teleologische Argument gewichtet wird, ist – wie zu zeigen sein wird – von weiteren Gesichtspunkten abhängig.

Das Bundesgericht bekennt sich zu einem pragmatischen Methodenpluralismus¹²³. In der Rechtsfindung erfolgt ein Zusammenspiel der zuvor genannten Auslegungselemente; ihre Rangfolge und ihre Gewichtung sind nicht starr definiert. Die fehlende feste Rangfolge der Auslegungselemente bedeutet nicht – wie dies teilweise verkürzt wiedergegeben wird –, dass die Auslegung einer Beliebigkeit unterliegt¹²⁴. Die gerichtlichen Erkenntnisschritte gehen offensichtlich vielmehr über die traditionellen *canones* hinaus. Hinweise dazu findet man in der Rechtsprechung selbst. So hält das Bundesgericht in neueren Urteilen explizit fest: «Das Gesetz muss in erster Linie aus sich selbst heraus, das heisst nach dem Wortlaut, Sinn und Zweck und den ihm zugrunde liegenden Wertungen auf der Basis einer teleologischen Verständnismethode ausgelegt werden. Die Gesetzesauslegung hat sich vom Gedanken leiten zu lassen, dass nicht schon der Wortlaut die Norm darstellt, sondern erst das *an Sachverhalten verstandene und konkretisierte Gesetz*. Gefordert ist die sachlich richtige Entscheidung im normativen Gefüge, ausgerichtet auf ein befriedigendes Ergebnis der *ratio legis*».¹²⁵

Massgebliches Gewicht erhält das «an Sachverhalten verstandene und konkretisierte» Recht. Verwiesen wird damit auf eine Ebene gerichtlicher Erkenntnis gewissermassen «hinter der Kulisse» der sog. traditionellen *canones*. Die Formulierung impliziert auch, dass bereits entschiedene Fallkonstellationen zur Norm eine besondere Bedeutung erlangen können. Aus wissenschaftlicher Sicht stellt sich entsprechend die Frage, *welche weiteren Erkenntnisschritte* die Gesetzesinterpretation stabilisieren und wie sich diese darstellen lassen. Rasch wird deutlich, dass

¹²² Biaggini, Symposium, S. 34.

¹²³ BGE 141 III 195 E. 2.4 S. 198 f.; 140 III 206 E. 3.5.4 S. 214; 140 IV I E. 3.1 S. 5; 135 V 249 E. 4.1 S. 252 m.H.

¹²⁴ Der Methodenpluralismus brachte dem Bundesgericht viel Kritik ein (H. Huber, Rechtsprechung, S. 466 f.; Kramer, Methodenlehre, 6. A., S. 143 f.; Biaggini, Symposium, S. 35); kritisch zur Kritik Biaggini, *Ratio legis*, S. 61 f., 67 f.

¹²⁵ BGE 141 III 155 E. 4.2 S. 156. Hervorhebungen durch die Autorin.

hinter «Methodenpluralismus» ebenfalls Methodiküberlegungen stehen¹²⁶, insbesondere Gebote des *Verfassungsrechts*, welche die Methodenwahl lenken.

3. Auslegungsziel und Regelungsidee

Nach ganz überwiegender Meinung besteht das Ziel der Gesetzesauslegung (*Auslegungsziel*) im Herauslesen des *objektiven Sinns der Norm*¹²⁷. Es sei danach zu fragen, was vernünftige und korrekte Gesetzesadressaten unter den ihnen erkennbaren Umständen aus der gesetzgeberischen Erklärung als Sinn herauslesen könnten¹²⁸.

Für den Begriff des Auslegungsziels als objektiver Sinn der Norm wird auch der Begriff der *ratio legis* verwendet. Da der Begriff der *ratio legis* heterogen, u.a. als Synonym für das teleologische Auslegungselement, Verwendung findet, wird hier für das Auslegungsziel der Begriff der *Regelungsidee* eingeführt. Der Begriff der Regelungsidee soll insbesondere die Eigenheit des sich durch die Anwendungserfahrung sukzessiv zeigenden Normsinns zum Ausdruck bringen. Der Begriff zielt auf die (genauere) Analyse der gerichtlichen Erkenntnisschritte zum Normsinn hin, soll aber in keiner Weise in Frage stellen, dass sich die Norminterpretation stets im Rahmen des Normsinns zu halten hat. Auch kann sich der Normsinn in einer ersten Annäherung aus den *canones* ergeben. Der Begriff der Regelungsidee soll indessen spezifisch zum Ausdruck bringen, dass das Auslegungsziel von den Gerichten mit einem offenen Horizont anhand des konkreten Sachverhalts entwickelt wird. Die Analyse der Rechtsprechung zum Auslegungsziel deckt insbesondere verfassungsrechtliche Gründe und die Präjudizienrezeption auf, die das Vorgehen des Bundesgerichts leiten¹²⁹.

¹²⁶ Vgl. Biaggini, *Ratio legis*, S. 67 f. In einer gewissen Weise trifft noch immer der Befund Josef Essers zu, «dass unsere akademische Methodenlehre dem Richter weder Hilfe noch Kontrolle bedeutet»; Esser, *Vorverständnis*, S. 7. Zu eruieren sind vielmehr Elemente der Verfassungsrechtsprechung, welche den Erkenntnisprozess prägen.

¹²⁷ Hausheer/Jaun, SHK, N. 112 ff. ad Art. 1; Locher, *Rechtsfindung*, S. 81 f., 99 f.; BK-ZGB 1966, Meier-Hayoz, N. 144 ff. ad Art. 1; a.M. Vallender, *Auslegung*, S. 31; vgl. die Zusammentragung bei Gächter, *Rechtsmissbrauch*, S. 240.

¹²⁸ BK-ZGB 1966, Meier-Hayoz, N. 144 ad Art. 1.

¹²⁹ Biaggini, *Verfassung und Richterrecht*, S. 130 ff.; Gächter, *Rechtsmissbrauch*, S. 241. Noch immer findet der Umstand zu wenig Beachtung, dass zahlreiche klassische Methodentheorien in einem zum Teil vorkonstitutionellen rechtlichen Umfeld entstanden sind; vgl. Biaggini, *Symposium*, S. 47.

Es geht daher (auch) darum, den verfassungsrechtlichen Hintergrund der Rechtsanwendungsmethodik auszuleuchten¹³⁰. Das Verfassungsrecht fordert eine Kohärenz der Rechtsanwendung und insbesondere auch, die herangezogenen Argumentationsfiguren immer wieder kritisch zu hinterfragen und zu überprüfen¹³¹. Eine verfassungsrechtliche Bedingtheit der Methodenlehre¹³² ist dabei nicht nur auf den Bereich des Öffentlichen Rechts beschränkt, sondern zieht sich – immer mehr sichtbar¹³³ – durch die gesamte juristische Methodik.

4. Rechtserzeugung (auch) durch Urteile

Den objektiven Sinn der Norm – die Regelungsidee – zu ermitteln, bedeutet nicht, den schöpferischen Charakter der Rechtsanwendung zu verneinen. Vielmehr ist die *Regelungsidee* offen zu verstehen; Gerichte erarbeiten abstrakte Normerkenntniselemente, die deren Sinn für den konkreten Anwendungsfall bestmöglich wiedergeben, oder anders gesagt: Aus der Einzelfallbetrachtung werden kontinuierlich allgemeine Elemente der Regelungsidee entwickelt.

So zeigt sich rasch, dass die Anwendung von Texten auf einen Sachverhalt immer mehr ist als «Textverstehen»¹³⁴. Entsprechend haben auch die immer wieder unternommenen Versuche, zwischen einer blossen *Konkretisierung* (verstanden im engen Sinne einer Klärung der Bedeutung) gegebener Normen, der Auffüllung von Gesetzeslücken und neuartiger Rechtsfortbildung grundsätzlich zu unterscheiden, nicht zu belastbaren Erkenntnissen geführt¹³⁵. Es wird vor diesem Hintergrund klar, dass bei einer entsprechenden Auslegungsaufgabe eine «Konkretisierung» des Gesetzestextes im engen Sinne eine an und für sich unzulängliche Umschreibung ist. Die Anwendung von Texten auf einen Sachverhalt geht mithin

¹³⁰ Biaggini, Symposium, S. 47.

¹³¹ Vgl. Biaggini, Symposium, S. 51. Wie sich zeigen wird, ergibt sich dieses Erfordernis nicht nur aus der Verfassung, sondern auch aus dem internationalen Recht, das Verfassungsrang hat.

¹³² Vgl. für den Begriff Biaggini, Symposium, S. 45.

¹³³ J. P. Müller, Freiheit, passim.

¹³⁴ Bung, Subsumtion, S. 13 ff.; Schönberger, Rechtsfindung, S. 300; Zimmer, Funktion, S. 105 ff.

¹³⁵ Schönberger, Rechtsfindung, S. 301; Esser, Rechtsprechung, S. 75.

über die bloße Konkretisierung von Normen, die «Auffüllung» von Gesetzeslücken und neuartige Rechtsfortbildung hinaus¹³⁶.

Vor diesem Hintergrund ergibt sich bereits eine grundlegende theoretische Einsicht: Die klassische Entgegensetzung von Rechtsetzung und Rechtsanwendung vermittelt ein (zu) wenig zutreffendes Bild. Jede Entscheidung fügt dem existierenden Rechtsbestand etwas hinzu, was es vorher nicht gab¹³⁷. Auch gerichtliche Urteile *erzeugen* Recht, sie wenden dieses nicht lediglich an. Rechtsprechung ist mithin ereignisartig. So verstanden ist von den Gerichten erzeugtes Recht nicht ein seltener Sonderfall, sondern eine notwendige Erscheinungsform des Rechtssystems¹³⁸.

Auch das Bundesgericht erzeugt Recht und praktiziert hierbei eine problemorientierte methodische Einordnung und Gewichtung, die – wie zu zeigen sein wird – stark verfassungsrechtlich geprägt ist. Gerichte entwickeln also unter Strukturierung des Verfassungsrechts die Auslegung verfeinernde Massstäbe zur Anwendung der Normen. Diese Methodik deckt sich dabei nicht einfach mit der verfassungs- oder auch der völkerrechtskonformen Auslegung. Sie geht mit Bezug auf die Rechtserkenntnisfunktion deutlich darüber hinaus.

In Abgrenzung dazu sollen zunächst gängige methodische Gesichtspunkte zur verfassungs- und völkerrechtskonformen Auslegung kurz dargestellt werden.

¹³⁶ Vgl. Schönberger, Rechtsfindung, S. 300 f. Dazu grundlegend auch Merkl, Gesetzesrecht und Richterrecht, S. 325 ff.; Kelsen, Rechtslehre, S. 242 ff. Der Begriff der Konkretisierung und des Judikativen Rechts ist weiter als der Begriff der richterlichen Rechtsfortbildung, der oftmals als Synonym zu «Richterrecht» verwendet wird; vgl. Feix, Massstäbe, S. 26, mit einer langen Liste von Autoren, die die Begriffe gleichsetzen. Mit dem Begriff des Richterrechts wird die Frage der (Struktur-)Wirkungen gerichtlicher Erkenntnis nicht analysiert, die hier im Zentrum steht; vgl. auch Payandeh, Rechtserzeugung, S. 494.

¹³⁷ Vgl. Schönberger, Rechtsfindung, S. 301.

¹³⁸ Schönberger, Rechtsfindung, S. 301.

5. Verfassungs- und Völkerrechtskonforme Auslegung

5.1 Verfassungskonforme Auslegung

a Begriff

In allgemeiner Weise verlangt die verfassungskonforme Auslegung die Orientierung der Auslegung von Rechtssätzen am übergeordneten Verfassungsrecht¹³⁹. Bei genauerer Betrachtung zeigt sich, dass diese Orientierung an der Verfassung unterschiedliche Formen annehmen kann¹⁴⁰. Es spiegeln sich in diesen verschiedenartigen Ausprägungen die möglichen Funktionen der verfassungskonformen Auslegung wider.

b Verfassungskonforme Auslegung als Vorzugsregel

Als Vorzugsregel gebietet der Grundsatz der verfassungskonformen Auslegung, dass bei Rechtssätzen, die unterschiedliche Auslegungsergebnisse zulassen, derjenigen Interpretation der Vorzug gewährt werden soll, die der Verfassung am besten Rechnung trägt¹⁴¹.

Folgt man dem Verständnis der verfassungskonformen Auslegung als Kollisionsregel, bildet die Orientierung an der Verfassung kein zusätzliches Auslegungselement, sondern kommt erst zum Zuge, *nachdem* die herkömmlichen Auslegungsmethoden angewandt wurden und kein klares Auslegungsergebnis hervorgebracht haben¹⁴². Dies impliziert auch, dass die verfassungskonforme Auslegung in der soeben genannten Form eine unzweideutige Verfassungswidrigkeit nicht korrigieren kann, da in solchen Fällen eben gar keine der Verfassung entsprechenden Auslegungsergebnisse vorliegen, die gewählt werden könnten¹⁴³.

¹³⁹ Häfelin/Müller/Uhlmann, Verwaltungsrecht, Rz. 194.

¹⁴⁰ Campiche, Verfassungskonforme Auslegung, S. 1; Looser, Rechtskontrolle, S. 1048.

¹⁴¹ Campiche, Verfassungskonforme Auslegung, S. 3; J. P. Müller, Grundrechtstheorie, S. 67; Gächter, Rechtsmissbrauch, S. 246; Kramer, Methodenlehre, 6. A., S. 117 f.

¹⁴² Häfelin, Auslegung, S. 244; Hangartner, Verfassungsgerichtsbarkeit, S. 1014; Looser, Rechtskontrolle, S. 1059.

¹⁴³ Vgl. Hangartner, Verfassungsgerichtsbarkeit, S. 1014.

c **Verfassungskonforme Auslegung als Auslegungsmethode**

In ihrer Rolle als Auslegungsmethode dient die verfassungskonforme Auslegung der Auslegung von unbestimmten bzw. auslegungsbedürftigen Rechtsbegriffen¹⁴⁴. Darüber hinaus soll gemäss bundesgerichtlicher Rechtsprechung¹⁴⁵ die Verfassung auch bei der Ermittlung des Normsinns berücksichtigt werden (sog. verfassungsbezogene Auslegung)¹⁴⁶. Dadurch wird die Verfassung mittels verfassungskonformer Auslegung zum «Ausdruck eines allgemeinen interpretatorischen Konformitäts- und Harmonisierungsprinzips»¹⁴⁷. Die verfassungskonforme Auslegung i.S. einer Auslegungsmethode gelangt schon *während* der Interpretation eines Rechtssatzes zur Anwendung¹⁴⁸.

Dabei darf «der klare Sinn einer Gesetzesnorm nicht durch eine verfassungskonforme Auslegung beiseite geschoben werden»¹⁴⁹. Die Formel des Bundesgerichts verdeutlicht, dass die verfassungskonforme Auslegung jedenfalls im Sinne dieses traditionellen Verständnisses nicht ein gegenüber den gewöhnlichen Auslegungselementen gleichrangiges Kriterium bildet¹⁵⁰. Vielmehr ist die verfassungskonforme Auslegung Teil der systematischen Auslegung und damit kein eigenständiges Auslegungselement¹⁵¹.

d **Begründung**

Gemeinhin werden drei unterschiedliche Argumente zur Begründung und Rechtfertigung der verfassungskonformen Auslegung angeführt: die Einheit der

¹⁴⁴ Häfelin, Auslegung, S. 244 f. m.H. auf die Rechtsprechung; s. auch Häfelin/Müller/Uhlmann, Verwaltungsrecht, Rz. 194.

¹⁴⁵ BGE 126 V 103 E. 3 S. 106; 128 V 20 E. 3a S. 24.

¹⁴⁶ Vgl. allerdings die diesbezüglich divergierenden Lehrmeinungen, aufgeführt bei Looser, Rechtskontrolle, S. 1061 (Fn. 77), und Gächter, Rechtsmissbrauch, S. 246 f.

¹⁴⁷ Burmeister, Verfassungsorientierung, S. 29.

¹⁴⁸ Looser, Rechtskontrolle, S. 1061.

¹⁴⁹ BGE 126 V 103 E. 3 S. 106; 128 V 20 E. 3a S. 24.

¹⁵⁰ Vgl. Gächter, Rechtsmissbrauch, S. 247, der die verfassungskonforme Auslegung als mittelbares Element von den normunmittelbaren Auslegungskriterien abgrenzt und als «nachgeordnet» bezeichnet.

¹⁵¹ Vgl. oben, Kap. 2 II, und Looser, Rechtskontrolle, S. 1062; Gächter, Rechtsmissbrauch, S. 247; Kramer, Methodenlehre, 6. A., S. 116 f.

Rechtsordnung, die Normerhaltungstheorie sowie die Vermutung der Verfassungsmässigkeit des Gesetzes.

1. *Einheit der Rechtsordnung*

Gemäss dem Prinzip der Einheit der Rechtsordnung sind Rechtsnormen in ihrem Zusammenhang mit der gesamten Rechtsordnung zu verstehen; eine isolierte Betrachtungsweise ist dementsprechend abzulehnen.¹⁵² Im Zusammenspiel mit dem Grundsatz des Vorrangs der Verfassung ergibt sich somit, dass die Auslegung aller Rechtssätze jeweils unter Orientierung an der Verfassung erfolgen muss¹⁵³.

In gleicher Weise argumentiert denn auch das Bundesgericht: «Die Verfassung ist die rechtliche Grundordnung, aus der sich alles staatliche Recht ableitet. Dem entspricht das Anliegen, alle Rechtssätze bei ihrer Auslegung auf die übergeordneten Wertentscheidungen der Verfassung auszurichten. Die verfassungskonforme Auslegung betont demnach den inneren Zusammenhang, der zwischen allen staatlichen Rechtsnormen besteht [...]»¹⁵⁴.

2. *Normerhaltungstheorie*

Eine weitere Rechtfertigung der verfassungskonformen Auslegung kann in der sog. Normerhaltungstheorie erblickt werden: Bei der abstrakten Normenkontrolle kann das Gericht die Gültigkeit von Gesetzesbestimmungen mittels verfassungskonformer Auslegung aufrechterhalten¹⁵⁵. Damit wird insbesondere den Geboten der Gewaltenteilung sowie der Rechtssicherheit Rechnung getragen¹⁵⁶. Die damit verbundene Zurückhaltung des Gerichts bei der Aufhebung von niederrangigen Rechtssätzen schlägt sich auch in der bundesgerichtlichen Rechtsprechung nieder: «Das Bundesgericht hebt eine kantonale Norm nur auf, wenn sie sich jeder verfassungs- und konventionskonformen Auslegung entzieht, nicht jedoch, wenn sie einer solchen in vertretbarer Weise zugänglich bleibt»¹⁵⁷.

¹⁵² Vgl. Campiche, Verfassungskonforme Auslegung, S. 12; Häfelin, Auslegung, S. 242.

¹⁵³ Häfelin, Auslegung, S. 242; Looser, Rechtskontrolle, S. 1050.

¹⁵⁴ BGE 116 Ia 359 E. 5c S. 369.

¹⁵⁵ Häfelin, Auslegung, S. 242 f.; J. P. Müller, Freiheit, S. 104.

¹⁵⁶ Campiche, Verfassungskonforme Auslegung, S. 7; J. P. Müller, Grundrechtstheorie, S. 70; Looser, Rechtskontrolle, S. 1069.

¹⁵⁷ BGE 146 I 62 E. 4 S. 65; vgl. BGE 122 I 18 E. 2a S. 20; vgl. auch (etwas allgemeiner) BGE 147 I 183 E. 6.2 S. 183 f. Bei der Beurteilung, ob eine Norm aufgehoben oder lediglich verfassungskonform ausgelegt werden muss, sind «die Tragweite des Grund-

3. *Vermutung der Verfassungsmässigkeit des Gesetzes*

Teilweise hatte das Bundesgericht in seiner älteren Rechtsprechung die verfassungskonforme Auslegung mit der Vermutung begründet, «dass der Gesetzgeber sich von der Verfassung nicht habe entfernen wollen»¹⁵⁸. Diese Fiktion wird im Schrifttum jedoch grösstenteils abgelehnt¹⁵⁹.

e **Grenzen der verfassungskonformen Auslegung**

Gemäss h.L.¹⁶⁰ und ständiger Rechtsprechung¹⁶¹ bildet der klare Sinn (oder der den Sinngehalt korrekt wiedergebende Wortlaut)¹⁶² der auszulegenden Norm die Grenze der verfassungskonformen Auslegung. Wenn also eine Norm klar verfassungswidrig ist, kann mittels verfassungskonformer Auslegung nicht korrigierend eingegriffen werden¹⁶³. Solange sich die Auslegung demgegenüber innerhalb dieser Grenzen bewegt, ist sie auch unter dem Gesichtspunkt von Art. 190 BV nicht zu beanstanden, da diese Bestimmung kein Auslegungsverbot bezüglich Bundesgesetzen statuiert¹⁶⁴.

rechtseingriffs, die Möglichkeit, bei einer späteren Normenkontrolle einen hinreichenden verfassungsrechtlichen Schutz zu erhalten, die konkreten Umstände, unter denen die Norm zur Anwendung kommt, sowie die Möglichkeit einer Korrektur und die Auswirkungen auf die Rechtssicherheit» zu berücksichtigen; BGE 128 I 327 E. 3.1 S. 335.

¹⁵⁸ BGE 92 I 427 E. 4 S. 433.

¹⁵⁹ Häfelin, Auslegung, S. 243 m.w.H.; ebenso Looser, Rechtskontrolle, S. 1049; Campiche, Verfassungskonforme Auslegung, S. 9 f.

¹⁶⁰ Häfelin, Auslegung, S. 252, und Looser, Rechtskontrolle, S. 1054 m.w.H.

¹⁶¹ Vgl. etwa BGE 133 II 305 E. 5.2 S. 310 = Pra 97 (2008) 265 ff., S. 269.

¹⁶² Der Wortlaut alleine ist keine absolute Grenze der Auslegung: Vom Wortlaut darf abgewichen werden, «wenn triftige Gründe zur Annahme bestehen, dass der scheinbar klare Wortlaut nicht dem «wahren Sinn» der Norm entspricht (BGE 140 II 129 E. 3.2 S. 131 ff.; 140 II 80 E. 2.5.3 S. 87)»; Häfelin/Müller/Uhlmann, Verwaltungsrecht, Rz. 179.

¹⁶³ Hangartner, Verfassungsgerichtsbarkeit, S. 1014; dies wird auch schon deutlich, wenn man sich vergegenwärtigt, dass die verfassungskonforme Auslegung kein gleichrangiges Auslegungselement darstellt (s. oben).

¹⁶⁴ Häfelin, Auslegung, S. 250 f. zum entsprechenden Art. 113 aBV; ebenso Looser, Rechtskontrolle, S. 1058, und J. P. Müller, Freiheit, S. 103.

5.2 Grundrechtskonforme Auslegung

a Begriff

Eine besondere Spielart der verfassungskonformen Auslegung ist die grundrechtskonforme Auslegung¹⁶⁵. Werden die Grundrechte der EMRK berücksichtigt, wird von konventionskonformer Auslegung gesprochen¹⁶⁶. In Abgrenzung von der verfassungskonformen Auslegung werden bei der Auslegung im Lichte der Grundrechte nicht alle einschlägigen Verfassungsbestimmungen miteinbezogen¹⁶⁷. Vielmehr geht es darum, dass eine fachgesetzliche Norm im Lichte der durch sie betroffenen Grundrechte interpretiert wird¹⁶⁸. Der konkrete Sachverhalt und der Schutzbereich des Grundrechts bestimmen dabei, inwiefern eine solche Konkretisierung anhand der Grundrechte zu erfolgen hat¹⁶⁹. Die grundrechtskonforme Auslegung kommt immer dann zum Tragen, wenn von einem konkreten Streitgegenstand auch ein Rechtsgut oder ein Interesse mitbetroffen ist, das durch ein Grundrecht geschützt wird.

b Begründung

J. P. MÜLLER sieht im «fundamentalen Charakter der Grundrechte» die Rechtfertigung für eine grundrechtskonforme Auslegung: Denn «die von ihnen angestrebten Ziele staatlicher Ordnung können nur erreicht werden, wenn auch die Fachgerichtsbarkeit und andere Organe der Rechtsanwendung sich daran orientieren»¹⁷⁰. Dabei geht es auch um die sog. mittelbare Horizontalwirkung der Grundrechte: Nicht nur im Verhältnis Staat–Individuum, sondern auch zwischen Privaten gelangen die Grundrechte (indirekt) zur Anwendung, indem die ihre jeweiligen Rechtsbeziehungen regelnden Rechtssätze mithilfe der Grundrechtsnormen ausgelegt werden¹⁷¹.

¹⁶⁵ Vgl. J. P. Müller, Grundrechtstheorie, S. 67 (Fn. 96); Häfelin/Müller/Uhlmann, Verwaltungsrecht, Rz. 194.

¹⁶⁶ Häfelin/Müller/Uhlmann, Verwaltungsrecht, Rz. 194.

¹⁶⁷ Beispielsweise werden Kompetenznormen bei der grundrechtskonformen Auslegung nicht berücksichtigt, vgl. J. P. Müller, Grundrechtstheorie, S. 67 (Fn. 96).

¹⁶⁸ J. P. Müller, Freiheit, S. 105 f.

¹⁶⁹ J. P. Müller, Freiheit, S. 106.

¹⁷⁰ J. P. Müller, Grundrechtstheorie, S. 68.

¹⁷¹ Rhinow, Grundrechtstheorie, S. 439; Kramer, Methodenlehre, 6. A., S. 119 ff.; BGE 111 II 245 E. 4b S. 255.

Da es sich bei der grundrechtskonformen Auslegung um einen Sonderfall der verfassungskonformen Auslegung handelt, kann zu deren Begründung auf die oben genannten Argumente verwiesen werden¹⁷².

c Grenzen der grundrechtskonformen Auslegung

Entsprechend der verfassungskonformen Auslegung stellt auch bei der grundrechtskonformen Auslegung der Rechtssinn einer Norm die Schranke der Auslegung dar¹⁷³. Zu berücksichtigen ist, dass auch die bei der Auslegung der Norm betroffenen Grundrechte konkretisierungs- und untereinander harmonisierungsbedürftig sein können.

5.3 Völkerrechtskonforme Auslegung

a Begriff

Die völkerrechtskonforme Auslegung soll zu einer Interpretation des Landesrechts führen, die nicht im Widerspruch zum Völkerrecht steht¹⁷⁴. Der verfassungskonformen Auslegung entsprechend kann die völkerrechtskonforme Auslegung wiederum als Kollisionsregel bei Vorliegen mehrerer Auslegungsergebnisse und als Auslegungsmethode aufgefasst werden¹⁷⁵. Erneut handelt es sich um eine besondere Spielart der systematischen Auslegung¹⁷⁶.

Zu beachten ist, dass sich die Maxime der völkerrechtskonformen Auslegung nicht zum Verhältnis Landesrecht und Völkerrecht äussert¹⁷⁷: Durch die völkerrechtskonforme Auslegung können die meisten scheinbaren Widersprüche zwischen Völker- und Landesrecht entschärft bzw. ab ovo verhindert werden.¹⁷⁸ Nur

¹⁷² J. P. Müller, Grundrechtstheorie, S. 68, vertritt allerdings die Meinung, dass die «rein rechtslogische Begründung» der Einheit der Rechtsordnung i.V.m. dem Prinzip des Vorrangs der Verfassung weniger überzeugend sei als die spezifisch auf Grundrechte zugeschnittene Begründung des fundamentalen Charakters dieser Normen.

¹⁷³ J. P. Müller, Freiheit, S. 118.

¹⁷⁴ Häfelin/Müller/Uhlmann, Verwaltungsrecht, Rz. 198.

¹⁷⁵ Looser, Rechtskontrolle, S. 1074.

¹⁷⁶ Vgl. Looser, Rechtskontrolle, S. 479.

¹⁷⁷ Vgl. Bericht Völkerrecht – Landesrecht, S. 2306 f.; Zusatzbericht Völkerrecht – Landesrecht, S. 3653 ff.

¹⁷⁸ BGE 94 I 669 E. 6a S. 678 f.; SGK-BV, Tschumi/Schindler, N. 90 ad Art. 5; Gächter, Rechtsmissbrauch, S. 249.

sog. «echte» Konflikte bleiben trotz völkerrechtskonformer Auslegung bestehen¹⁷⁹. In solchen Fällen ist nach der (versuchten) völkerrechtskonformen Auslegung die Rechtsprechung des Bundesgerichts (v.a. die vielbesprochene Schubert- bzw. PKK-Praxis) zur Lösung von Normkollisionen zwischen Landes- und Völkerrecht zu beachten¹⁸⁰.

Abzugrenzen ist die völkerrechtskonforme Auslegung auch von der europarechtskonformen Auslegung. Im Rahmen des autonomen Nachvollzugs ist gemäss bundesgerichtlicher Rechtsprechung «die Harmonisierung nicht nur in der Rechtssetzung, sondern namentlich auch in der Auslegung und Anwendung des Rechts anzustreben [...]»¹⁸¹. Zu einer solchen Harmonisierung ist die Schweiz jedoch nicht verpflichtet¹⁸², auch nicht im Bereich des bilateralen Vertragsrechts. Anders verhält es sich, wenn die Schweiz eine völkerrechtliche Verpflichtung eingegangen ist¹⁸³.

b Begründung

Die rechtsanwendenden Organe sind zur völkerrechtskonformen Auslegung verpflichtet. Dies ergibt sich einerseits aus Art. 27 des Wiener Übereinkommens über das Recht der Verträge vom 23. Mai 1969 (SR 0.111): Innerstaatliches Recht vermag die Nichterfüllung von völkerrechtlichen Verträgen nicht zu rechtfertigen¹⁸⁴. Damit wird klargestellt, dass der Grundsatz «pacta sunt servanda» (Art. 26 WVK) nicht mithilfe von gegenläufigem Landesrecht durchbrochen werden kann¹⁸⁵.

¹⁷⁹ Looser, Rechtskontrolle, S. 1073.

¹⁸⁰ Vgl. dazu etwa Bericht Völkerrecht – Landesrecht, S. 2310 ff.; für eine Darstellung der Entwicklung der bundesgerichtlichen Rechtsprechung siehe Zusatzbericht Völkerrecht – Landesrecht, S. 3655 ff.

¹⁸¹ BGE 129 III 335 E. 6 S. 350; vgl. auch BGE 136 II 5 E. 3.4 S. 12 f. zum FZA.

¹⁸² BGE 129 III 335 E. 6 S. 350 und für das bilaterale Vertragsrecht BGE 136 II 5 E. 3.4 S. 13.

¹⁸³ Z.B. im Rahmen des Freizügigkeitsabkommens mit der EU; vgl. Art. 16 Abs. 2 Satz 1 FZA. Vgl. im Detail Jaag/Hänni, N. 4035.

¹⁸⁴ Bericht Völkerrecht – Landesrecht, S. 2306 f.; Häfelin/Müller/Uhlmann, Verwaltungsrecht, Rz. 198.

¹⁸⁵ Vgl. Bericht Völkerrecht – Landesrecht, S. 2279.

Andererseits verpflichtet – mit Blick auf die Verfassung – Art. 5 Abs. 4 BV zur völkerrechtskonformen Auslegung (sog. «Harmonisierungsgebot»)¹⁸⁶. Dahinter steht die seit langem praktizierte Vermutung, wonach der Normgeber keine Verletzung des Völkerrechts beabsichtigte, es sei denn, er habe dies explizit zum Ausdruck gebracht¹⁸⁷.

Weitere Argumente zur Rechtfertigung der völkerrechtskonformen Auslegung sind die Einheit der Rechtsordnung¹⁸⁸ sowie (im Rahmen der abstrakten Normenkontrolle) die Erhaltung von Normen, welche nicht eindeutig völkerrechtswidrig sind.¹⁸⁹

c Grenzen der völkerrechtskonformen Auslegung

Analog zur verfassungskonformen Auslegung begrenzt der klare Normsinn auch die völkerrechtskonforme Auslegung¹⁹⁰. Diesbezüglich kann deshalb auf die obigen Ausführungen verwiesen werden.

Die Grenze des Normsinns macht deutlich, dass die völkerrechtskonforme Auslegung (klar) völkerrechtswidriges Landesrecht nicht zu harmonisieren vermag¹⁹¹. Es handelt sich dann nicht mehr um eine Frage der Auslegung, sondern um eine des Ranges von Völker- bzw. Landesrecht. In solchen Fällen werden Normkollisionsregeln (und Ausnahmen davon) von den Gerichten erstellt. Beispiele hierfür sind die Praktische Konkordanz¹⁹², die Schubert-Praxis¹⁹³ bzw. die PKK-Praxis¹⁹⁴, die von der I. sozialversicherungsrechtlichen Abteilung auch auf das Verhältnis des Freizügigkeitsabkommens zum Landesrecht herangezogen wird (BGE 133 V 367 ff.)¹⁹⁵.

¹⁸⁶ Bericht Völkerrecht – Landesrecht, S. 2307; Häfelin/Müller/Uhlmann, Verwaltungsrecht, Rz. 198.

¹⁸⁷ SGK-BV, Tschumi/Schindler, N. 90 ad Art. 5. Vgl. auch Art. 190 BV.

¹⁸⁸ Looser, Rechtskontrolle, S. 1074.

¹⁸⁹ Vgl. BGE 122 I 18 E. 2a S. 20.

¹⁹⁰ Looser, Rechtskontrolle, S. 1074 f.

¹⁹¹ Vgl. etwa BGE 124 II 480 E. 3a S. 486.

¹⁹² BGE 139 I 16 ff.

¹⁹³ BGE 99 Ib 39 ff.

¹⁹⁴ BGE 129 II 417 ff.

¹⁹⁵ Bestätigt in BGE 142 II 35 ff.

6. Von der Auslegung zur Rechtserkenntnis

6.1 Stellenwert und Bedeutung für die Methodik der Entscheidungsfindung

Im Grundsatz ist heute unbestritten, dass die Verfassung sowohl im Zivilrecht als auch im Öffentlichen Recht bei der Normauslegung beizuziehen ist¹⁹⁶. Methodenfragen zur Rechtsfindung sind insbesondere auch Verfassungsfragen.

Die Relevanz der Verfassung wird dabei bisher oftmals als verfassungskonforme Auslegung dargestellt. Sie impliziert, dass es unter dem Gesichtswinkel der verfassungs- und völkerrechtskonformen Auslegung zusätzlich verfügbare Gesichtspunkte zur Normerkennung gibt. Die Auslegungs- und Harmonisierungsbedürftigkeit der Verfassung erschöpft sich indessen nicht darin, eine Norm prospektiv im Rahmen der Verfassung auszulegen, sondern schliesst auch die Strukturierung des Erkenntnisprozesses in sich ein. In der tatsächlichen Anwendung erfolgt die Strukturwirkung des Verfassungsrechts demnach viel subtiler; das Verfassungsrecht wird durch Erkenntnisse aus bereits entschiedenen Fallkonstellationen in die Auslegung integriert und leitet die Rechtsfindung.

Die verfassungsrechtliche Strukturierung der Entscheidung geht insoweit deutlich über die verfassungs- und völkerrechtskonforme Auslegung hinaus. Entsprechend erlangt die Frage, *wie* die Heranziehung des Verfassungsrechts zur Strukturierung der Entscheidung selbst erfolgt, erhebliche wissenschaftliche Relevanz.

6.2 Suche nach weiteren normativen Strukturelementen

Die Stellung des Gerichts und seine Funktion im Rechtsverwirklichungsprozess ist bereits auf einen ersten Blick in den Verfassungsgrundsatz der Rechtsbindung eingebunden¹⁹⁷. Die Rechtsbindung ist Ausgangspunkt für die weitere Analyse der Bedeutung verfassungsrechtlicher Strukturen für die Rechtsfindung.

¹⁹⁶ Kramer, Methodenlehre, 6. A., S. 116 ff. (für das Privatrecht); Meyer-Blaser, Bedeutung, S. 347 ff.

¹⁹⁷ Biaggini, Symposium, S. 39. Im demokratischen Verfassungsstaat wird unter *dem Grundsatz der Rechtsbindung* in einer ersten Annäherung die Forderung verstanden, dass das von der demokratischen Gesetzgebung (Vor-)Entschiedene von der Rechtsanwendung respektiert wird. Zum Primat des demokratisch Vorentschiedenen: Rhinow, Methodik, S. 188 f.; Biaggini, Symposium, S. 39.

Nicht geklärt ist dabei die Frage, in welcher Weise die Verfassung die Arbeit der Gerichte im Rechtserkenntnisprozess materiell strukturiert bzw. welcher *Stellenwert* der Verfassung bei der Rechtsfindung zukommt¹⁹⁸. Sowohl die genauere Struktur der Heranziehung als auch die gerichtliche Entwicklung des Inhalts des die Entscheide strukturierenden Verfassungsrechts soll im Detail analysiert und methodologisch dargestellt werden.

Dabei zeigt sich eine Bedeutung des Verfassungsrechts namentlich im Zusammenhang mit der Präjudizienrezeption. Das Verfassungsrecht ist seinerseits insbesondere im Grundrechtsbereich stark von der Rezeption der internationalen Rechtsprechung geprägt. Doch welcher Beschaffenheit sind entsprechende gerichtliche Erkenntnis Schritte und wie werden sie in den Urteilen ausgewiesen? Auf welche Weise werden sie normativ strukturiert? Welchen wissenschaftlichen Grundoperationen lassen sie sich allenfalls zuordnen?

Diese Fragen sollen im Folgenden vertieft werden. Erforderlich ist hierfür zunächst die Darlegung ihrer logischen und erkenntnistheoretischen Grundlagen.

III. Grundlagen der Logik

1. Logik der wahrheitserhaltenden Funktion

1.1 Allgemein

In der Erkenntnislehre werden – in einer ersten Annäherung – *zwei Arten* von Erkennen unterschieden. Einerseits die des unmittelbaren und andererseits die des mittelbaren Erkennens¹⁹⁹. Die Richtigkeit eines Satzes wird entweder direkt eingesehen (Evidenz) oder aber man muss sie erschliessen²⁰⁰. Um die Erschließung nachvollziehbar darzustellen, kann die Logik als Hilfselement herangezogen werden. Logik kann die Grundstruktur wesentlicher Erkenntnis Schlüsse darstellen.

Für KANT ist Logik die Wissenschaft, welche «die formalen Regeln allen Denkens [...] ausführlich darlegt»²⁰¹. *Formale Logik* gibt Kriterien, um die Folgerichtigkeit von Schlüssen überprüfen zu können. Die Lehre wird formal genannt, weil sie

¹⁹⁸ Vgl. Gächter, Rechtsmissbrauch, S. 246.

¹⁹⁹ Rödiger, Erkenntnisverfahren, S. 119.

²⁰⁰ Bocheński, Denkmethode, S. 73; Rödiger, Erkenntnisverfahren, S. 119.

²⁰¹ Kant, KrV, Vorrede zur 2. Auflage; Klug, Logik, S. 2.

unabhängig von den konkreten Inhalten anzeigt, wie man aus vorgegebenen Behauptungen andere, nicht vorgegebene erschliessen kann²⁰². Logik ist als Darstellungsform von Wissenschaft in gewisser Weise immer schon vorausgesetzt²⁰³. Die grundlegende Bedeutung der Logik liegt darin, dass die Einhaltung ihrer Regeln und damit die Nachvollziehbarkeit von Schlüssen eine notwendige Bedingung für Wissenschaft ist. Umgekehrt bedeutet dies nicht, dass die Einhaltung von eben solchen Regeln eine hinreichende Bedingung für die Richtigkeit einer Aussage ist²⁰⁴.

Logik hat auch für die Rechtswissenschaft Bedeutung. So für die Entwicklung von Theorien, aber auch für die Darstellung der Begründung. In der Falllösung wird man sich der logischen Struktur des Schlusses in vielen Fällen nicht bewusst werden, obwohl sie die Falllösung strukturiert²⁰⁵. Um wenig bekannte Erkenntnisschritte darzustellen, ist es sinnvoll, gleichwohl Grundlagen des logischen Schliessens heranzuziehen. Logik spielt in ihren – meist unausgesprochenen – Grundprinzipien eine wichtige Rolle in der Anwendung des Rechts, etwa im Rahmen der Ableitung (Deduktion) der Rechtsfolge oder indem im Urteil keine sich widersprechenden Begründungen anzubringen sind (Satz vom Widerspruch). Logik kann die Richtigkeit der juristischen Argumentation nicht belegen, ist jedoch eine notwendige Voraussetzung für eine Lösung, die sich überhaupt vertreten lässt. Insofern ist es angezeigt, die logischen Schlüsse (nur) in jenen Grundlagen aufzuzeigen, die die Struktur der Rechtsanwendung verdeutlichen. Eine Überbetonung des logischen Gesichtspunktes gegenüber anderen ebenfalls wesentlichen Gesichtspunkten soll vermieden werden²⁰⁶.

Die *juristische Logik* ist in diesem Sinne die Lehre von den im Rahmen der Rechtsfindung zur Anwendung gelangten Regeln, die mit Mitteln der formalen Logik erfasst werden können. Wenn man unter einer Aussage ein sprachliches Gebilde versteht, das entweder wahr oder falsch ist, so ist eine Aussage wahr, welche das Objekt erfasst oder besser repräsentiert; eine Aussage hingegen falsch, welche das Objekt unzutreffend repräsentiert. Wiederum am Beispiel des Widerspruchsatzes

²⁰² Vgl. Klug, Logik, S. 1.

²⁰³ So ist etwa Mathematik ein (Unter-)Teil von Logik: Die Logik ist auch der Massstab, an dem die Korrektheit mathematischer Beweise gemessen wird; vgl. Klug, Logik, S. 17.

²⁰⁴ Klug, Logik, S. 2; vgl. dazu sogleich unten, 1.2, und im Detail unten, 1.3.c.

²⁰⁵ Vgl. Klug, Logik, S. 3, 109.

²⁰⁶ Vgl. Klug, Logik, S. 3.

veranschaulicht: Bezeichnet man mit p eine beliebige Aussage, die entweder wahr oder falsch ist, gilt für alle denkbaren Aussagen, dass p und $\text{non-}p$ nicht zugleich wahr sein können²⁰⁷. Solche oder auch andere Sätze besitzen eine Allgemeinheit, die als solche unabhängig ist von der jeweiligen Spezialwissenschaft. Eine Logik der Rechtsfindung ist nicht von der Logik anderer Wissenschaftsbereiche grundsätzlich unterschiedlich; sie folgt den *gleichen Regeln*²⁰⁸. Die juristische Logik ist also der durch seinen auf die Rechtsfindung bezüglichen Anwendungsbereich gekennzeichnete (spezielle) Teil der allgemeinen Logik²⁰⁹.

1.2 Prämissen

Wenn gelegentlich gesagt wird, dass in verschiedenen Wissenschaftsgebieten «andere Gesetze gelten», dann können damit nur die *Prämissen* (*Axiome*²¹⁰) gemeint sein²¹¹. Prämissen sind die zugrunde gelegten Annahmen oder Voraussetzungen (grch. *protasis*, «Vorausgeschicktes»), aus denen eine logische Schlussfolgerung gezogen wird. Prämissen sind formal betrachtet die ersten Sätze eines Schlusses. Ein Schluss kann daher nur so wahr sein wie seine Prämissen. Hieraus hat die moderne Logik die sog. *axiomatische Methode* entwickelt: Ihr Ziel ist, möglichst wenig Begriffe undefiniert und möglichst wenige Aussagen unbewiesen zu lassen²¹². Die axiomatische Methode ordnet die *Aussagen*²¹³ und *Begriffe* eines Gebiets in der folgenden Weise: Gewisse Aussagen – die Axiome – werden unbewiesen aufgestellt. Alle weiteren Aussagen werden als Theoreme²¹⁴ in schrittweisem Fortgang aus den Axiomen bewiesen, und zwar unter Verwendung bestimm-

²⁰⁷ Klug, Logik, S. 4, 7.

²⁰⁸ Vgl. Klug, Logik, S. 3.

²⁰⁹ Vgl. Klug, Logik, S. 7.

²¹⁰ Synonyme für «Axiom» sind «Postulat», «Grundsatz», «Grundvoraussetzung», «Grundprämisse»; vgl. Klug, Logik, S. 16.

²¹¹ Vgl. auch Zoglauer, Formale Logik, S. 103, wonach je nach Wahl der Axiome unterschiedliche Typen der Logik aufgebaut werden können.

²¹² Vgl. Haft, Rhetorik, S. 78 f.

²¹³ Anstelle des Begriffs «Aussage» kann man auch die Begriffe «These», «Behauptung», «Urteil» verwenden. Gemeint ist damit ein Satz, von dem sinnvollerweise gesagt werden kann, dass er entweder wahr oder falsch ist; Klug, Logik, S. 23.

²¹⁴ Statt Theorem kann auch «Lehrsatz» gesagt werden.

ter Operationsregeln²¹⁵. Die Axiome werden dabei begrifflich definiert. Gewisse Begriffe – die Grundbegriffe – werden undefiniert aufgestellt. Alle weiteren Begriffe werden als abgeleitete Begriffe in schrittweisem Fortgang aus den Grundbegriffen definiert, und zwar unter Verwendung von bestimmten Definitionsregeln²¹⁶. Im Wesentlichen geht es also um die Aufstellung von Axiomen und Operationsregeln²¹⁷.

Versucht man nun auf einem Wissenschaftsgebiet axiomatisch zu verfahren, so entstehen mit der Benützung der natürlichen Sprache sogleich ernst zu nehmende Schwierigkeiten. Dies ist bereits der Fall, wenn logische Verhältnisse in möglichst sachangemessener Weise formuliert werden sollen, wenn die Prämissen aus der Gesetzgebung, mithin aus der natürlichen Sprache, stammen. Solange man versucht, die axiomatische Methode im Rahmen der natürlichen Wortsprachen anzuwenden – wie dies systematisch arbeitende Gerichte tun –, verfährt man quasi-axiomatisch²¹⁸.

Auf den ersten Blick ist das abgesteckte Feld von Prämissen im Bereich der Rechtswissenschaft relativ eng. Insbesondere von der Gesetzgebung werden Prämissen gesetzt, und die Gerichte haben diese Prämissen für den Einzelfall anzuwenden, mithin aus den gesetzgeberischen Prämissen abzuleiten. Solche logischen Schlussfolgerungen bilden einen Rahmen, vermögen indessen die Rechtskenntnis nicht zu erschliessen. Bei genauerem Zusehen zeigt sich, dass (anstelle des Schlussfolgerns) die Analyse der Prämissensetzung einen wesentlichen – wenn nicht gar den wichtigsten – Teil der Rechtsanwendung ausmacht, der von ungeheurer praktischer Relevanz ist²¹⁹. Die Rechtswissenschaft hat (ergänzend zu den gesetzgeberischen Prämissen) weitere Prämissen zu setzen, die die Rechtskenntnis leiten. Diese werden – und das wird im Detail darzustellen sein – im Wesentlichen durch die Höchstgerichte in der Form des Judikativen Rechts entwickelt und stetig an den Verfassungsvorgaben geprüft.

Die Prämissensetzung durch die Gerichte ist letztlich Ausdruck der im Vorhinein bestehenden und naturgemässen Unzulänglichkeit der gesetzgeberischen Prämis-

²¹⁵ Vgl. Klug, Logik, S. 15; statt von «Operationsregel» kann auch von «Beweisregel» gesprochen werden.

²¹⁶ Vgl. Klug, Logik, S. 16. Vgl. zu den für die Rechtsanwendung relevanten Arten der Definitionen sog. unten, 1.2.

²¹⁷ Klug, Logik, S. 36.

²¹⁸ Klug, Logik, S. 16 f.

²¹⁹ Vgl. Klug, Logik, S. 7.

sen für die Subsumtion des zu beurteilenden Einzelfalls. Dies drückt sich denn auch in der bundesgerichtlichen Rechtsprechung zu den Bestimmtheitsanforderungen an eine gesetzliche Grundlage für einen Grundrechtseingriff aus. Gemäss dem Bundesgericht darf «das Gebot der Bestimmtheit von Rechtsnormen [...] nicht in absoluter Weise verstanden werden. Die Gesetzgebung kann nicht völlig darauf verzichten, allgemeine Begriffe zu verwenden, die formal nicht eindeutig umschrieben werden können und die an die Auslegung durch die Behörde besondere Anforderungen stellen; denn ohne die Verwendung solcher Begriffe wäre er nicht in der Lage, der Vielgestaltigkeit der Verhältnisse Herr zu werden»²²⁰.

1.3 Reine Deduktion?

a Erfordernis der Prämissen für die Deduktion

In der Regel werden Rechtsfolgen aus der Norm «abgeleitet» (deduziert). Die Deduktion ist in erster Annäherung die vorrangige Denkweise der Richterinnen und Richter²²¹. Es wird sich indes noch zeigen, dass die Deduktionen nur die äusseren Grundschemata der Rechtsanwendung sind²²².

Bei streng logischer Betrachtung umfasst die deduktive Logik zwei Schlussfolgerungen, die aus einer konditionalen Aussage («Wenn A, dann B») gefolgert werden können:

- Wenn A gilt, dann gilt B (*Modus ponens*).
- Wenn B nicht gilt, dann gilt A nicht (*Modus tollens*)²²³.

Deduktives Schliessen ist eine Form von mittelbarem Erkennen, und die Deduktion als die Ableitung von Rechtsfolgen erfordert hinreichende Bestimmtheit. Es setzt die gerichtliche Entwicklung von Prämissen im Sinne von hinreichend definierten Axiomen für die Normanwendung voraus²²⁴. Das Gericht hat mithin Anwendungsprämissen zu entwickeln.

²²⁰ BGE 125 I 369 E. 6 S. 379; BGE 123 I 112 E. 7a S. 124 f.; BGE 117 Ia 472 E. 3e S. 479 f., je mit Hinweisen.

²²¹ Kaufmann, Rechtsgewinnung, S. 54.

²²² Vgl. auch Bung, Subsumtion, S. 30.

²²³ Zoglauer, Formale Logik, S. 60 ff.; Hardy/Schamberger, Argumentationstheorie, S. 104 ff.

²²⁴ Vgl. Rödiger, Erkenntnisverfahren, S. 120.

Im Rahmen der Entwicklung von hinreichend bestimmten Anwendungsprämissen lassen sich allgemein *analytische und synthetische Definitionen* unterscheiden. Bei synthetischen Definitionen handelt es sich um Konventionen oder Festsetzungen, deren Zweck es ist, einen Begriff einzuführen. Bei der analytischen Definition wird ein bereits vorhandener Begriff durch Angabe seiner Merkmale analysiert. Die analytische Definition gibt an, was ein Begriff bedeutet (Bedeutungsinhalt). Analytische Definitionen haben Klärungsfunktion; sie sollen angemessen (adäquat) gegenüber einem bestimmten Sprachgebrauch sein²²⁵.

Z.B. die (relativ selten vorkommenden) Legaldefinitionen sind meist Festsetzungen für den Gebrauch in der betreffenden Gesetzessprache, sind folglich synthetische Definitionen der Gesetzgebung. Im Vordergrund stehen bei der Rechtsanwendung indessen *analytische Definitionen* für Anwendungsprämissen der Norm auf verschiedene Fallkonstellationen. Das Gericht muss also – auf einen ersten Blick – sagen, was es unter einer Norm versteht. Bei der Entwicklung solcher Definitionen wird im Rahmen der Rechtsfindung analysiert (und allenfalls auch debattiert), ob sie den Normsinn adäquater oder weniger adäquat zum Ausdruck bringen. Bei analytischen Definitionen kann in diesem Sinne um ihre Wahrheit oder Falschheit gestritten werden²²⁶.

b Deduktion als wahrheitserhaltendes Schliessen

Das Ableiten der Rechtsfolge aus der Norm kann in der Regel erst erfolgen, wenn (analytische oder synthetische) Definitionen zur Präzisierung des Normsinn entwickelt wurden. Oder, anders gesagt: Erst die gerichtliche Rekonstruktion des konkreteren Gehalts der Norm für die zu beurteilende Fallkonstellation ermöglicht die Ableitung (Deduktion) der Rechtsfolgen.

Die deduktive Logik umfasst Fälle, in denen Schlüsse mit Gewissheit gefolgert werden können. Bei der Deduktion ist der ganze Schluss in diesem Sinne «sicher». Der Schluss selbst ist wahr. Der deduktive Schluss ist als solcher zwingend, er ist jedoch nur syllogistisch; er erweitert unsere Erkenntnis nicht. Syllogistische Logik bleibt auf die Aufgabe beschränkt, Argumentationen auf ihre formale Schlüssigkeit zu überprüfen. Um etwas Neues zu entdecken, ist die syllogistische Logik nicht geeignet. Sie ist also nicht kreativ.

²²⁵ Vgl. https://www.uni-muenster.de/imperia/md/content/philosophischesseminar/mitglieder/huettemann/materialien/5.vorlesung_netz.pdf (besucht am 4. August 2019).

²²⁶ Klug, Logik, S. 107.

Das *deduktive Argumentieren* holt demnach aus einer (synthetischen oder analytischen) Prämisse hervor, was in ihr steckt²²⁷. Das durch den Schluss bestätigte Resultat sagt nichts Neues. Es sagt aber konkreter aus, was in der gesetzten Prämisse allgemeiner (generell-abstrakt) vorbereitet ist. In einem deduktiv-formalen Schluss stellt die Konklusion semantisch eine Verdünnung des Inhalts der Prämissen dar. Das Resultat der Deduktion liegt unter dem Abstraktheitsniveau der Prämisse.

Ist eine Aussage oder ein Urteil logisch schlüssig, so steht fest, dass sein Inhalt jenen, der bereits in den Voraussetzungen steckt, bestenfalls erreicht, nie jedoch überschreitet²²⁸. Das Resultat ist aus der Prämisse abgeleitet²²⁹. Insofern kann (nur) der Inhalt herauskommen, der bereits in den Prämissen enthalten ist²³⁰, und deduktive Schlüsse sind *wahrheitserhaltende Schlüsse*.

c Materielle Abhängigkeit von den Prämissen

Die materielle Richtigkeit deduktiven Schliessens ist insofern davon abhängig, ob *Prämissen korrekt gesetzt* sind. Der Rechtsgewinnung gehen immer auch andere Denkopoperationen voraus, welche keinen rein deduktiven Charakter haben²³¹, mithin die Entwicklung von Anwendungsprämissen betreffen. Demgegenüber erfolgt die *Darstellung* eines juristischen Urteils in aller Regel in einem *mehr oder weniger komplexen Ableitungsvorgang* (Deduktion)²³², wobei sich die Komplexität der Ableitung je nach Art und Anzahl der eingeflossenen Voraussetzungen (Prämissen) bestimmt²³³.

Das Erfordernis der Prämissensetzung mit Blick auf eine nähere Bestimmtheit der Norm ergibt sich bereits daraus, dass Rechtsanwendung immer *einzelfallorientiert* ist: Ausgangspunkt ist ein Fall. Eine Deduktion der Rechtsfolgen auf den Einzelfall erfordert, dass die Rechtssätze hinreichend gesichert, hinreichend bestimmt

²²⁷ Gast, Rhetorik, Rz. 267.

²²⁸ Rödiger, Erkenntnisverfahren, S. 163; Joerden, Logik, S. 296.

²²⁹ Gast, Rhetorik, Rz. 267. Geht der Inhalt der bewiesenen Behauptung über den der angenommenen Voraussetzungen hinaus, so erhält der Beweis einen Fehler; vgl. Rödiger, Erkenntnisverfahren, S. 163.

²³⁰ Gabriel, Urteilskraft, S. 4.

²³¹ Kaufmann, Rechtsgewinnung, S. 54.

²³² Vgl. Bung, Subsumtion, S. 37 ff.; vgl. Koch/Rüssmann, Begründungslehre, S. 4 ff., die vom «Hauptschema» sprechen.

²³³ Bung, Subsumtion, S. 30.

sind. Erst nach Entwicklung des normativen Gehalts der anwendbaren Bestimmungen auf den konkreten Fall werden die Rechtsfolgen abgeleitet.

Erforderlich ist also regelmässig ein Erkenntnisschritt, der in einer ersten Annäherung mit der Frage: «Unter welchen Voraussetzungen sind die Bedingungen der Norm erfüllt?» umschrieben werden kann. Gefordert ist ein gerichtlicher Denkraum, in dem Anwendungsmassstäbe zur Norm entwickelt werden, unter welchen die intendierte Wirkung der Norm gewährleistet ist. In dieser Prämissenentwicklung und in der Entscheidung des konkreten Falls unter Bezugnahme auf die (neuen und bereits entwickelten) Prämissen liegt – wie im Detail aufzuzeigen sein wird – ein «Neues» jeder Rechtsgewinnung²³⁴.

1.4 Justizsyllogismus

a Allgemein

Deduktives Schliessen wird im juristischen Kontext regelmässig als «*Subsumtion*» bezeichnet. Gemeint ist damit eine syllogistische Deduktion (sog. Justizsyllogismus)²³⁵, und zwar in der Form des sog. *modus barbara*: Wer eine fremde bewegliche Sache stiehlt, wird mit Freiheitsstrafe bestraft; X. hat eine fremde bewegliche Sache gestohlen; X. wird mit Freiheitsstrafe bestraft²³⁶.

Bei der Darstellung des Justizsyllogismus geht man insbesondere in der deutschen Literatur einerseits von einem «*Obersatz*» – der Norm (in der Regel eine gesetzliche Vorschrift) – aus sowie andererseits von der Beschreibung eines spezifischen Sachverhalts als dem entsprechenden «*Untersatz*»²³⁷. Der Untersatz befördert

²³⁴ Vgl. Kaufmann, Rechtsgewinnung, S. 54.

²³⁵ Hinzuweisen ist auf die teilweise uneinheitliche Terminologie. In der Logik versteht man unter «Subsumtion» die Unterordnung eines (nichtsprachlichen) Gegenstandes (z.B. eines Lebenssachverhalts) unter einen Begriff, gerade keine syllogistische (sprachliche) Deduktion; vgl. z.B. Gröschner, Dialogik, S. 377 ff.; Neumann, Subsumtion, S. 314. «Subsumtion» wird in der vorliegenden Schrift als (sprachlicher) Justizsyllogismus verstanden.

²³⁶ Vgl. Hänni, Gefühl und juristisches Urteil, S. 77.

²³⁷ Rüdiger, Erkenntnisverfahren, S. 168.

(mittels Argumenten) die These unter die Prämisse²³⁸. Der Untersatz führt also die beiden Pole des Syllogismus zusammen²³⁹.

Rechtserkenntnisschritte bewegen sich auf der (argumentativen) Strecke zwischen einer These (nicht belegte Behauptung) und der zugehörigen Prämisse (die gerichtliche Konkretisierung der Norm)²⁴⁰. Dabei soll die These, dass der konkrete Lebenssachverhalt unter eine bestimmte Prämisse fällt, argumentativ belegt werden. Argumente beweisen die Richtigkeit der These (als eine zu beweisende Behauptung); sie verschaffen ihr Geltung. Rhetorisch geht es darum, den massgeblichen Untersatz durchzusetzen²⁴¹. Alle Argumente im Spruchkörper sind dabei Beweismittel *im weitesten Sinne*. Ein Schlüsselargument kann eine Beschreibung sein und/oder ein Werturteil enthalten, und der Abstand zwischen These und Prämisse ist im Idealfall so «kurz», dass ein einziges Argument bzw. eine einzige Erwägung ihn überbrückt²⁴². Ein Argument ist im Spruchkörper in der Regel dann praktisch erfolgreich, wenn sich Evidenz einstellt, das Argument also mittelbar (infolge des Aufzeigens der logischen Struktur) oder *unmittelbar einsichtig* ist. Was als These beginnt, steht bei Zustimmung des Spruchkörpers schliesslich *als «gerichtliche Erkenntnis»* im Urteil²⁴³.

Die *formale Schlüssigkeit des Justizsyllogismus* ist zwingend. Die Subsumtion des Falles ist darauf angelegt, die Rechtsfolge zu bestimmen, die sich nach Abschluss der inhaltlichen Analyse – ohne weitere inhaltliche Zusätze – aufgrund der formalen Schlüssigkeit des Justizsyllogismus ergibt. Oftmals besteht die Vorstellung, es werde im Rahmen der Rechtsanwendung im Wesentlichen «nur» subsumiert²⁴⁴ – eine bedauerliche Verkürzung des methodischen Prozesses²⁴⁵. Diese Annahme ist – in einer ersten Annäherung – bereits deshalb unhaltbar, weil ein Lebenssach-

²³⁸ Vgl. Gast, Rhetorik, Rz. 135; dazu sogl. unten.

²³⁹ Gast, Rhetorik, Rz. 264.

²⁴⁰ Gast, Rhetorik, Rz. 266.

²⁴¹ Gast, Rhetorik, Rz. 264.

²⁴² Vgl. Gast, Rhetorik, Rz. 264. Dies trifft oftmals auf Konstellationen zu, in denen Anträge offensichtlich unbegründet sind. Solchen Fällen, in denen ein einziges Schlüsselargument zur Abweisung des Falles führt, trägt die Gesetzgebung prozessual Rechnung (vgl. Art. 109 Abs. 2 BGG, Art. 312 Abs. 1 und Art. 322 Abs. 1 ZPO, Art. 390 Abs. 2 StPO).

²⁴³ Gast, Rhetorik, Rz. 265.

²⁴⁴ Kaufmann, Rechtsgewinnung, S. 55; Schapp, Methodenlehre, S. 106.

²⁴⁵ Kaufmann, Rechtsgewinnung, S. 55.

verhält regelmässig zuerst argumentativ einer (oder mehreren) Normen zugeordnet werden muss, mithin für seine Subsumtion vorbereitet werden muss. Es zeigt sich rasch, dass *vor* der Ableitung regelmässig weitere, die Norm konkretisierende Erkenntnisschritte erforderlich sind.

Problematisch ist für eine adäquate Darstellung der Anwendung des Rechts daher nicht der Justizsyllogismus, sondern die Unterschätzung der Schwierigkeiten der Vorbereitung der Subsumtion²⁴⁶. Auf das Verhältnis von inhaltlichen und formalen Anteilen des Justizsyllogismus wird bereits in klassischen juristischen Methodenlehren zutreffend hingewiesen. So stellt etwa LARENZ unter Bezug auf ENGISCH fest, das Schliessen mache dem Juristen die geringste Mühe; die eigentliche Schwierigkeit liege «*im Finden der Prämisse*»²⁴⁷. ENGISCH hält denn auch fest: «[D]er Schwerpunkt liegt auf der mit vielen Zweifeln belasteten Gewinnung der Prämissen, als etwa der durch die Gesetzesinterpretation zustande gebrachten Bildung des juristischen Obersatzes und der durch Subsumtion und die Tatbestandsmerkmale des Gesetzes vollzogenen Bildung des Untersatzes»²⁴⁸. Demnach sei mit der Kenntnis der formalen Struktur des Subsumtionsschlusses noch nicht viel gewonnen. Vielmehr sei die eigentliche Aufgabe der «Beurteilung» die Feststellung, «von welcher Art der konkrete Fall ist»²⁴⁹.

ENGISCH spricht von einem Hin- und Herwandern des Blicks zwischen Obersatz und Lebenssachverhalt²⁵⁰. Bereits dabei wird deutlich, dass das Auffinden der Prämissen des Syllogismus nicht unabhängig voneinander geschieht, sondern Obersatz und Untersatz jeweils in einem Konnex gebildet werden und dieser damit auch den Schlussatz (die Konklusion) mitbestimmt. Tatsachen werden mitbedacht, wenn Bestimmungen ausgelegt werden. Die Auslegung betrifft wertende Interpretationen des *Bedeutungsinhalts der Norm*, die sich zugleich immer auf einen Ausschnitt aus der erfahrbaren Wirklichkeit beziehen²⁵¹.

²⁴⁶ Gabriel, Urteilkraft, S. 13.

²⁴⁷ Larenz, Methodenlehre 1960, S. 199 (Fn. 1) mit Verweis auf Engisch, Studien, S. 13. Ferner Larenz, Methodenlehre 1960, S. 210 (Fn. 1), wo von dem verhältnismässig geringen Anteil des formallogischen Schlussverfahrens an dem gesamten Beurteilungsvorgang die Rede ist.

²⁴⁸ Engisch, Aufgaben, S. 85 f.

²⁴⁹ Larenz, Methodenlehre 1960, S. 211; vgl. Engisch, Studien, S. 18 ff.; Gabriel, Urteilkraft, S. 14.

²⁵⁰ Engisch, Studien, S. 15; ders., Einführung, S. 117 (Fn. 4).

²⁵¹ Vgl. Gast, Rhetorik, Rz. 145.

Methodologisch nicht korrekt erfasst ist die Figur des Justizsyllogismus insofern immer dann, wenn sie nicht als Darstellungsform des logisch Notwendigen verstanden wird, sondern als Mittel materieller Rechtserzeugung²⁵². Der Justizsyllogismus, aus dessen Vollzug der Akt der Rechtsanwendung unter anderem besteht, kommt als Quelle sachlicher Erkenntnis nicht in Betracht²⁵³.

Sich diesen logischen Zusammenhang zu vergegenwärtigen, ist aus methodischer Sicht wichtig: Vom Justizsyllogismus ist *kein Gewinn an inhaltlicher Rechtserkenntnis* zu erwarten²⁵⁴. Hierfür ist die Entwicklung von Prämissen erforderlich. Auch im Recht gilt entsprechend: Wer deduzieren will, ist auf Prämissen angewiesen²⁵⁵.

b Gesetzliche Prämissen und gerichtliche Prämissen

Prämissen sind *auf den ersten Blick die anwendbaren Normen selbst*. Zwar gibt es Normen, die für die Ableitung für einen konkreten Einzelfall bei unstrittigem Sachverhalt hinreichend bestimmt sind. Solche finden sich insbesondere in technischen Regulierungen wie Verordnungen, beispielsweise zum Lärmschutz²⁵⁶.

Das Gesetz wird oft als *Hyperprämisse* umschrieben²⁵⁷. Das positive Gesetz entscheidet mit seinen generellen Normen allerdings fast nie einen konkreten Fall unmittelbar und zweifelsfrei, «eindeutig»²⁵⁸. Bei der Rechtsanwendung ist immer eine Aufbereitung der Norm am konkreten Fall vonnöten²⁵⁹, mithin eine Entwicklung von analytischen Prämissen²⁶⁰.

Der Normalfall stellt sich so dar, dass die Norm (oder die einschlägigen Normen) für ihre Anwendung näher bestimmt werden müssen.

²⁵² Wie häufig dies der Fall gewesen ist, hat JOCHEN BUNG nachgewiesen; Bung, Subsumtion, S. 23 ff.

²⁵³ Rödiger, Erkenntnisverfahren, S. 163.

²⁵⁴ Rödiger, Erkenntnisverfahren, S. 163.

²⁵⁵ Vgl. bereits Rödiger, Erkenntnisverfahren, S. 190.

²⁵⁶ Beispielsweise Lärmschutz-Verordnung (LSV) vom 15. Dezember 1986 (SR 814.41).

²⁵⁷ Dazu und zu weiteren Prämissen Gast, Rhetorik, Rz. 161.

²⁵⁸ Kaufmann, Rechtsgewinnung, S. 56.

²⁵⁹ Kaufmann, Rechtsgewinnung, S. 56.

²⁶⁰ Vgl. hiervor 1.3.a.

c Gerichtliche Entwicklung der Prämissen

Die meisten den Höchstgerichten vorgetragenen Fälle sind – trotz der traditions-gemäss breiten Zugänglichkeit der schweizerischen Höchstgerichtsbarkeit – *Grenzfälle*. Es handelt sich zumeist um Fälle, deren Unterordnung unter eine Norm oder mehrere Normen unklar ist. Ebenso häufig ist die Bedeutung der einschlägigen Norm(en) für den zu beurteilenden Sachverhalt umstritten, sodass weitere Erkenntnisschritte erforderlich sind. Die Ableitung der Rechtsfolge wird erst dann möglich.

Bereits ein erster Blick auf die Rechtsanwendung anhand eines oft als Lehrbeispiel zitierten Urteils zeigt, dass die Ressourcen der Rechtserkenntnis regelmässig andernorts als bei der Ableitung der Rechtsfolge eingesetzt werden müssen. So musste der BGH etwa den Angriff zwecks Geldentwendung auf eine Frau an einem Schalter qualifizieren. Zu beurteilen war die Frage, ob die Täterschaft einen schweren Raub beging, wofür das Mitführen einer Waffe tatbestandsmässig war²⁶¹. Die bisherige Praxis umschrieb den Begriff der Waffe als einen gefährlichen Gegenstand, der eine «mechanische Wirkung» einschliesse. Für den BGH stellte sich nunmehr die Frage, ob auch der Gebrauch (resp. die Ausschüttung) von Salzsäure eine Waffe im Sinne der Tatbestandsqualifikation des schweren Raubes erfüllte²⁶². Für das Gericht war die Gleichsetzung von Salzsäure und Waffen vor dem Hintergrund der bisherigen Praxis nicht selbstverständlich²⁶³; die Rechtsfolge konnte nicht einfach abgeleitet werden, sondern war durch weitere Erkenntnis-momente zu erschliessen.

Das Gericht entwickelt vor dem Hintergrund strittiger Fallkonstellationen eine «Prüfungsmassstabkonstruktion»²⁶⁴ für die Norm, wobei die entwickelten Prämissen von Verfassung wegen rechtsgleich auf weitere Fallkonstellationen anzuwenden sind. Wie sich bereits an diesem Beispiel zeigt, war andernfalls die Norm nicht hinreichend konkretisiert, wie dies für den Justizsyllogismus erforderlich wäre.

²⁶¹ Damals §§ 250 Abs. 1 Nr. 1, 223 a des deutschen Strafgesetzbuches.

²⁶² BGHSt 1,1.

²⁶³ Kaufmann, Rechtsgewinnung, S. 55.

²⁶⁴ Begriff: Albers, Rechtsfindung, S. 275.

Entsprechende Beispiele können fast beliebig erweitert werden. Sie werden im dritten Kapitel eingehend vertieft, um sichtbar zu machen, welche Struktur entsprechende gerichtliche Erkenntnisschritte aufweisen. An dieser Stelle zeigt sich bereits, dass die Deduktion (Subsumtion) nur das letzte Teilglied der Rechtsgewinnung darstellt.

Erforderlich wird also eine Trennung von einerseits der Prämissen (der «Prüfungsmassstabskonstruktion») und andererseits der Ableitung. Es wird deutlich, dass die Beschränkung der (Real-)Wissenschaften auf die Deduktion nicht durchführbar ist – wenngleich Deduktion für jede Wissenschaft unentbehrlich ist²⁶⁵.

1.5 Trennung der Subsumtion von ihrer Vorbereitung

Die Erkenntnis der Trennung von Prüfungsmassstabskonstruktion (verstanden als Entwicklung der Prämissen) und Ableitung (Deduktion) zeigt für die Darlegung der Entscheidungsfindung die Notwendigkeit einer methodologischen *Trennung der Subsumtion von ihrer Vorbereitung*²⁶⁶.

Dass am Ende mit Blick auf die Rechtsfolge ein Syllogismus erfolgt, ist unbestritten. Er bettet als Subsumtion die juristische Erkenntnis ein²⁶⁷; syllogistische Schlussfolgerungen bilden einen Rahmen für die Rechtserkenntnis. Allerdings finden vor dem Syllogismus *weitere logische und argumentative (interpretatorische) Schritte* statt.

Die traditionelle Erkenntnislehre unterschied entsprechend schon früh zwischen der Logik als *ars iudicandi* (argumentative Gliederung) und als *ars inveniendi* (Findekunst)²⁶⁸. Die *ars inveniendi* beinhaltet das Auffinden neuer Wahrheiten innerhalb eines (Rechts-)Wissenschaftsgebietes²⁶⁹ und – ebenso – das sich Auseinandersetzen mit dem Überlieferten²⁷⁰. Erforderlich für die Anwendung des

²⁶⁵ Kaufmann, Rechtsgewinnung, S. 55.

²⁶⁶ Vgl. Bung, Subsumtion, S. 30.

²⁶⁷ Syllogismen werden etwa von Koch/Rüssmann als Hauptschema bezeichnet; Koch/Rüssmann, Begründungslehre, S. 4.

²⁶⁸ Gabriel, Urteilskraft, S. 3.

²⁶⁹ Leibniz, Schriften und Briefe, S. 345: *Ars inveniendi* als «die Leitung der Gedanken, jegliche Art unbekannter Wahrheit zu ermitteln».

²⁷⁰ Wolff, Gedanken, § 362: «[D]ie Fertigkeit unbekannte Wahrheit aus andern bekannten heraus zu bringen heisset die Kunst zu erfinden».

Rechts sind also auch logische Schritte, die – wahrheitserweiternd – «Findekunst» sind. Für die Normerkenntnis vor dem Hintergrund des konkreten Falles geht es also darum, neue Verbindungen zu schlagen, Zusammenhänge zu erkennen, *Ähnlichkeiten im Verschiedenen* zu prüfen²⁷¹. Oder anders gewendet: Die Findung der Rechtsinhalte ist auch juristische Tätigkeit, nicht nur eine der Politik²⁷².

Sämtliche Erkenntnisschritte sind dabei verfassungsrechtlich gebunden. Namentlich durch die Rechtsbindung von Art. 5 BV sind sie spezifisch *begründungsbedürftig*. Die Rückbindung an das Recht als das von der Gesetzgebung (Vor-)Entschiedene ist gewährleistet, wenn stabile Folgebeziehungen zur einschlägigen Norm bestehen. Diese werden indessen – wie bereits kurz dargelegt – in aller Regel nicht durch den Wortlaut und regelmässig auch nicht mithilfe der klassischen *Auslegungscanones* hinreichend bestimmt. Erforderlich sind vielmehr weitere durch die Gerichte zu entwickelnde Anwendungsmassstäbe zur Norm.

Die so erforderlichen Erkenntnisschritte lassen sich als Entwicklung eines Prüfungsmassstabs zur Konkretisierung der Norm für ihre Anwendung charakterisieren. Dabei spielt insbesondere die Entwicklung regelartiger Anwendungsmassstäbe eine wichtige Rolle. Für die Anwendung ist es daher sinnvoll, von einem *weiteren Begriff* der Normkonkretisierung zu sprechen.

1.6 Setzen von Anwendungsprämissen vs. Ableiten

Bei der Analyse der Entscheidungsfindung ist somit das Setzen von Anwendungsprämissen («Prüfungsmassstabskonstruktion») klar vom Element des gerichtlichen Schliessens zu differenzieren. Die beiden Elemente der Entscheidungsfindung werden immer wieder miteinander vermengt, insbesondere im Zusammenhang mit der Subsumtion²⁷³. Wann und wie die Gerichte im Rahmen der Rechtsanwendung Prämissen setzen und dabei werten, ist erst vor dem Hintergrund des logischen

²⁷¹ Gabriel, Urteilskraft, S. 5.

²⁷² Vgl. die Formulierung bei Kaufmann, Rechtsgewinnung, S. 56.

²⁷³ So fragte etwa Esser nach der Richtigkeit einer Subsumtion (vgl. Esser, Vorverständnis, S. 60); präziser wäre zwischen einerseits der Frage nach der Richtigkeit der Prämissen sowie andererseits der Frage nach der Richtigkeit des Schliessens zu unterscheiden; vgl. bereits Rüdiger, Erkenntnisverfahren, S. 151.

Gerüsts der Rechtsanwendungsakts zu erfassen²⁷⁴. Der klassische aristotelische Schluss:

- alle Athener sind Menschen;
- Sokrates ist ein Athener;
- also ist Sokrates ein Mensch,

ist dahingehend zu interpretieren, dass die beiden ersten Sätze als – wertende – Prämissen fungieren, die Ableitung (Deduktion) hingegen ein Schluss ist. Es kann in diesem Sinne vom juristischen Prämissensetzen – dem wertenden Setzen von Anwendungsmassstäben («Prüfungsmassstabskonstruktion») – sowie vom Schliessen (Subsumtion) gesprochen werden²⁷⁵.

Die logische Struktur wird dabei im Urteil meist nicht explizit ausgewiesen und einige der juristischen Schlüsse sind logisch trivial²⁷⁶. Das ändert nichts daran, dass sie für die Erfassung der Rechtsfindung hilfreich sind.

Denn während das Schliessen wahrheitserhaltend ist, mithin keine neuen Erkenntnisse in sich birgt, ist dies bei der Setzung von Prämissen anders: Sie haben eine sog. wahrheitserweiternde (erkenntniserweiternde) Funktion, sind mithin kreativ.

2. Logik der wahrheitserweiternden Funktion

2.1 Axiomatik

Die Deduktion von Rechtsnormen erfordert, wie die vorhergehenden Ausführungen gezeigt haben, das Setzen von Prämissen (Axiomen) für das Anwendbarmachen (Operabelmachen) der Norm. Dieses kann – auch wenn dabei wahrheitserweiternde Schritte erfolgen – als Normkonkretisierung bezeichnet werden.

Normkonkretisierung meint dabei die *Transformation* in durchsetzbare Rechtsnormen und Rechtssätze²⁷⁷. Während im Rahmen der Subsumtion der Sachverhalt in die «Form» zur Unterordnung unter die Norm gebracht werden muss, so muss im

²⁷⁴ Rödiger, Erkenntnisverfahren, S. 151; vgl. hierzu im Detail unten, Kap. 4 I 5 (Erschliessung der durch die Rechtsanwendung offenen Wertungen).

²⁷⁵ Rödiger, Erkenntnisverfahren, S. 142. Unter Subsumtion ist der sprachliche Justizsyllogismus zu verstehen; vgl. Fn. 235.

²⁷⁶ Vgl. Rödiger, Erkenntnisverfahren, S. 149.

²⁷⁷ Vgl. die analoge Definition des Begriffs der Geltung bei J. P. Müller, Freiheit, S. 50.

Rahmen der Normkonkretisierung die Norm in eine ableitbare «Form» für ihre Anwendung gebracht werden. Erst gesicherte («subsumtionsfähige») Rechtssätze können im Wege der Subsumtion auf Einzelfälle hin angewendet werden²⁷⁸.

Die Normkonkretisierung setzt eine Transformation von einem Rechtssatz in dem Sinne voraus, dass ein *konkreter Sachverhalt* darunter subsumiert werden kann. Der Spruchkörper muss sich dazu bekennen, was er unter der Norm versteht, und dies in einer operablen Form formulieren. Dieser Vorgang wird später als Entwicklung des Judikativen Rechts im Detail umschrieben²⁷⁹.

An dieser Stelle ist zunächst wichtig, dass durch die Transformation in Interpretationsschritten des anwendbaren Rechts (sehr oft handelt es sich um verschiedene anwendbare Normen) durch das Gericht mehr oder weniger abstrakte analytische *Prämissen* gesetzt werden, was unter der Norm konkret zu verstehen ist. Diese Prämissen sind regelartige Interpretationsschritte zur Norm vor dem konkreten Hintergrund des zu beurteilenden Falles. Sie werden in Auseinandersetzung mit bereits entschiedenen Fallkonstellationen von den Gerichten entwickelt.

Unterschieden werden können hierbei verschiedene Arten von Prämissen: Sachprämissen oder operative Prämissen, beschreibende und bewertende Prämissen. Oft wird die Rechtsdogmatik als operative Prämisse²⁸⁰ und das Gesetz als Hyperprämisse umschrieben²⁸¹. Für die Entwicklung des Prüfungsmassstabs in der bundesgerichtlichen Rechtsprechung sind – in Konkretisierung der gesetzgeberischen Hyperprämissen – *verschiedene Hauptformen von Axiomenbildung* (Prämissenbildung) eruierbar.

Die für die Rechtsprechung typischen Prämissen werden zunächst im Rahmen der *Auslegung* nach den *canones* zu Art. 1 ZGB entwickelt²⁸². Wie sich bereits gezeigt hat, weisen die *canones* für sich relativ wenig Steuerungskraft auf. Praktisch weit aus bedeutender entwickeln die schweizerischen Gerichte eine Methodik des *Case Law für die Gesetzesauslegung*, mithin abstrakt-regelartige Kriterienkataloge, um die Normanwendung über die Fallvarianz in Übereinstimmung mit den Verfassungsvorgaben zu halten.

²⁷⁸ Vgl. Vogel, Methodik, S. 165.

²⁷⁹ Vgl. unten, Kap. 3 I ff.

²⁸⁰ Gast, Rhetorik, Rz. 248.

²⁸¹ Vgl. Kap. 2 III 1 1.4 b; vgl. dazu und zu weiteren Prämissen Gast, Rhetorik, Rz. 161.

²⁸² Vgl. oben, Kap. 2 II 1, und den Begriff der «Vorschrift» in Art. 1 Abs. 2 ZGB.

Dass der Wortlaut zwar den Einstieg der Interpretation bedeutet, selbst aber die Wortlautgrenze für die Subsumtion oftmals nicht hinreichend definieren kann, hat die moderne Sprachphilosophie hinlänglich nachgewiesen²⁸³. Ihre Erkenntnisse sind in der Rechtstheorie und -philosophie intensiv rezipiert worden²⁸⁴. Gesetzesauslegung hat so einen wesentlichen Ansatzpunkt auch darin, dass sie den Bedeutungsinhalt («Begriff») hinter den auszulegenden Vorschriften sucht²⁸⁵. Der (Gesetzes-)Begriff vermittelt seinen ihm zugehörigen Gegenstand in abstrakter (in einer vom Objekt losgelösten) Weise²⁸⁶. Der gesetzliche Bedeutungsinhalt ist relevanter – wenn auch interpretationsbedürftiger und häufig im Spruchkörper umstrittener – Massstab für die Anwendung des Rechts.

Die Bezugspunkte der Normkonkretisierung sind dabei vielfältig: Soweit sie im Spruchkörper mehrheitsfähig sind, werden Normkonkretisierungen als *Anwendungsmassstäbe* gehandhabt, anhand derer entschieden wird, ob eine konkret zu beurteilende Fallkonstellation die Wirkungen der Norm auslöst. Anwendungsmassstäbe beinhalten in der Regel die Umschreibung einer gesamten Rechtsnorm, können aber auch nur Anwendungsmassstäbe für einzelne unter die Norm fallende Fallkonstellationen konkretisieren oder auch nur für sie relevante einzelne Tatbestandsmerkmale genauer definieren²⁸⁷.

Gerade im Bereich der Grundrechte werden für die Verhältnismässigkeitsprüfung Anwendungsmassstäbe entwickelt, die – unter Einbeziehung des internationalen Rechts – einen konsolidierten Mindeststandard markieren, der beim Normschutz nicht unterschritten werden darf.

Im Rahmen der Rechtsanwendung erfolgt also eine *Beschränkung des Beurteilungsspielraums* mittels regelartigen Anwendungsmassstäben als spezifischen juristischen Kriterien²⁸⁸. In einer ersten Annäherung sind die diesen zugrunde liegenden wahrheitserweiternden logischen Schlussformen darzulegen.

²⁸³ Depenheuer, Wortlaut, S. 40; Wittgenstein, Philosophische Untersuchungen, passim.

²⁸⁴ Vgl. etwa Hänni, Hermeneutik, S. 75 ff.; Hänni, Wittgenstein, S. 220 ff.; Herbert, Sprachkritik, passim; Silva-Romero, Wittgenstein, passim. Vgl. im Detail unten, Kap. 3 I 2 2.3.

²⁸⁵ Jurisprudenz geht insofern vom Begriff – hier verstanden als einen Bedeutungsinhalt – aus; Gast, Rhetorik, Rz. 205.

²⁸⁶ Vgl. Gast, Rhetorik, Rz. 216.

²⁸⁷ Vgl. Payandeh, Rechtserzeugung, S. 494; vgl. im Detail unten, Kap. 3, insb. VI 3.6.

²⁸⁸ Vgl. bereits Rödiger, Erkenntnisverfahren, S. 276.

2.2 Abduktion

a Hypothesenartige Regelbildung bei der Erstausslegung

Eine erste regelartige Hypothesenbildung zu den Anwendungsmassstäben der Norm kann im Rahmen von *Abduktionen* erfolgen. Auch die Abduktion ist eine mittelbare Form des Erkennens, eine formal-logische Schlussfolgerung. Abduktiv wird eine singuläre Beschreibung mit einer allgemeinen unter Angabe möglicher Regeln zusammengeschlossen²⁸⁹. Die Abduktion ist insofern ein pragmatisches Schlussfolgern, als sich die Wahrheit ihrer Schlüsse nicht formal feststellen lässt²⁹⁰ und in diesem Sinne stets unter dem Vorbehalt besserer Erkenntnis steht²⁹¹. Die logischen Konsequenzen der zunächst hypothetischen Aussage werden meist deduktiv ermittelt²⁹².

Im Rahmen einer Erstausslegung erfolgt die Analyse der Norm unter Berücksichtigung der neu zu beurteilenden Sachverhaltskonstellation, oftmals unter Berücksichtigung der *canones*. Die Erkenntnis erschöpft sich aber nicht darin; vielmehr sind bereits bei einer Erstausslegung – zwecks Gleichbehandlung ähnlich gelegener Folgefälle – die Anwendungsmassstäbe der Norm regelartig zu entwickeln. Es werden hypothesenartig regelartige Prämissen zur Anwendung gebildet, die sich mit Blick auf eine adäquate Wiedergabe der Regelungsidee sowohl für den zu beurteilenden Einzelfall als auch später in Folgefällen bestätigen müssen.

Diese regelartige Hypothesenbildung hinsichtlich der Voraussetzungen der Anwendung der Norm ist das, was als Abduktion bezeichnet werden kann: Es werden hypothesenartig spezifische Anwendungsmassstäbe für die Norm oder Normgruppe gesetzt. Solche Hypothesen werden als Fallentscheidungsregeln entwickelt und in einem Überlegungsgleichgewicht reflektiert: Die Regelbildung wird dahingehend getestet, ob sie zu kontraintuitiven (bzw. dem möglichen Normsinn widersprechenden) Auswirkungen führt.

²⁸⁹ J. Müller, Arbeiten, S. 56.

²⁹⁰ J. Müller, Arbeiten, S. 56.

²⁹¹ Oder in der Erklärung von SCOTT BREWER: «[T]he conclusion of an abduction [...] is an explanatory hypothesis. In the context of an abductive inference, the reasoner settles on H not as an accepted truth, but rather as a tentatively held hypothesis that is sufficiently likely to be the correct explanation of P that it is worth trying to confirm it»; Brewer, Exemplary Reasoning, S. 948 f.

²⁹² <http://arbeitsblaetter.stangl-taller.at/DENKENTWICKLUNG/Abduktion.shtml>, besucht am 27. September 2019.

In aller Regel existieren wenn nicht zur gleichen Norm so zumindest zu vergleichbaren Normen bereits beurteilte Fälle. Sobald Fälle auch zu bloss ähnlichen Konstellationen existieren, werden diese vergleichend herangezogen. Für verschiedene Autoren ist die Abduktion auch der erste Schritt im analogen (fallvergleichenden) Denken²⁹³. Die verschiedenen analytisch trennbaren (abduktiven und analogen) Schlussformen überschneiden sich – wie später noch detaillierter erläutert wird – in der Rechtsanwendung.

b Wahrheitserweiternde Schritte im Zusammenhang mit dem Fallrecht

Wahrheitserweiternde Schritte, die für die Rechtsanwendung erforderlich sind, ergeben sich namentlich im Zusammenhang mit dem Fallrecht bzw. der Präjudizienrezeption. Für die Auslegung und die Strukturierung der Rechtsbindung sind insbesondere im Zusammenhang mit *bereits entschiedenen Fallkonstellationen* relevante logische Erkenntnisschritte in ihren Grundzügen einzuführen. Es handelt sich dabei um reduktive (induktive) und/oder analogische Erkenntnisschritte. Die beiden Schritte können analytisch getrennt werden, in der Rechtsanwendung ergänzen sie sich und die Abgrenzung ist im Einzelnen umstritten – und damit einhergehend ebenso, welcher dieser Erkenntnisschritte die Rechtsanwendung adäquater darzustellen vermag²⁹⁴. Die Grundstruktur der Erkenntnisschritte soll im Folgenden dargestellt werden, mit dem Hinweis darauf, dass diese die gerichtliche Prämissenentwicklung umschreiben, sich in der Rechtsanwendung ergänzen und sich letztlich auch mit der Deduktion verbinden.

²⁹³ So etwa Brewer, Exemplary Reasoning, S. 962. Zum Verhältnis von Abduktion und Analogie vgl. auch Weinreb, Legal Reason, S. 25: «The AWR [Analogy Warranting Rule; der Schluss, wonach die analoge Anwendung gerechtfertigt sei] as initially abduced is only preliminary. Just as the scientist subjects his hypothesis to experiments that confirm or disconfirm it inductively, the legal reasoner tests the AWR by considering whether its application acceptably classifies the target phenomenon and other related phenomena, those that he had in mind when formulating the AWR and others».

²⁹⁴ Vgl. dazu die etwa die Kontroverse zwischen SCOTT BREWER und LLOYD L. WEINREB in der US-Präjudizien Diskussion; vgl. Brewer, Exemplary Reasoning, S. 962 ff.; Weinreb, Legal Reason, S. 20 ff.

2.3 Reduktion (Induktion)

a Überblick: Zurückführen auf eine allgemeine Aussage

Die Reduktion – in älterem Sprachgebrauch die Induktion²⁹⁵ – gilt als das Gegenstück zur Deduktion. Auch sie hat eine wichtige Bedeutung für das Operabelmachen der Norm. Wie bei der Deduktion geht es auch bei der Reduktion darum, einen allgemeingültigen Ausgangssatz als Resultat (eine *Prämisse*) zu ziehen. Beim Reduzieren schreitet das Denken vom Spezielleren zum Allgemeineren voran; es versucht, mit einem engeren Ausgangssatz, eine allgemeinere These zu ergründen. Auch mit der Reduktion wird auf Prämissen geschlossen, jedoch vom Einzelnen/Konkreten her. Während die deduktiv genutzte Prämisse in sich birgt, was sie hergeben soll, bewegt sich die Reduktion hinaus in ein «Neuland». Oder am Wortsinn der Reduktion orientiert: Reduktion versucht, den gegebenen spezielleren Satz auf eine allgemeinere Aussage *zurückzuführen*, damit diese ihrerseits Prämissenstatus erhält. Am Ende soll sich der Ausgangssatz als Konsequenz der reduktiv erschlossenen Prämisse darstellen²⁹⁶. Reduktion (Induktion) ist ein *Schluss zur Regel*²⁹⁷.

Der reduktive Schluss führt nur zu einem mehr oder weniger wahrscheinlichen Ergebnis; die gültige speziellere Aussage ist «*vielleicht auf diese allgemeine Prämisse zurückzuführen*»²⁹⁸. Die Wahrscheinlichkeit, dass die allgemeinere Aussage richtig ist, nimmt zwar bei mehreren, die gleiche Sache betreffenden Ausgangssätzen zu, die zum gleichen Resultat führen. Sicherheit wie bei einer Deduktion wäre allerdings erst erreicht, wenn alle einschlägigen Einzelfälle den Rückschluss auf das gemeinsame Allgemeine tragen würden²⁹⁹.

Auch das reduktive Argumentieren ist also Ausdruck mittelbarer Erkenntnis; aus einzelnen Sätzen (Aussagen) wird eine allgemeinere Beziehung entwickelt³⁰⁰. Im *Unterschied* zum deduktiven Argument ist der Schluss beim reduktiven Argument

²⁹⁵ Vgl. Rödиг, Erkenntnisverfahren, S. 121.

²⁹⁶ Gast, Rhetorik, Rz. 268.

²⁹⁷ Kaufmann, Rechtsgewinnung, S. 53.

²⁹⁸ Gast, Rhetorik, Rz. 268.

²⁹⁹ Gast, Rhetorik, Rz. 268. Diese These mit Blick auf das Erschliessen von Naturgesetzen bestreitend: Popper, Induktion, passim, dazu Zeller, Auslegung, S. 201 f.; Rödиг, Erkenntnisverfahren, S. 120 f.

³⁰⁰ Vgl. (im weitesten Sinne) Rödиг, Erkenntnisverfahren, S. 120.

nicht zwingend³⁰¹. Der das deduktive vom reduktiven Argument trennende Unterschied ist in dieser Hinsicht fundamental. Nicht sicher sind demgegenüber sowohl beim deduktiven als auch beim reduktiven Schluss die (verwendeten bzw. gewonnenen) Prämissen. Im Unterschied zur Abduktion, bei der im Rahmen der Erstauslegung hypothesenartig spezifische Anwendungsregeln gesetzt werden, bezieht sich die Reduktion auf vorhandenes Fallmaterial zur Entwicklung ebendieser Regeln³⁰².

In der Rechtsfindung ist das Konkrete der zu beurteilende Einzelfall, das Allgemeine die Norm. Der Schluss vom Konkreten – von verschiedenen Einzelfallkonstellationen – auf das Allgemeine *kann das Verständnis der Norm konturieren*; entschiedene Einzelfallkonstellationen werden insbesondere in die Entwicklung von Anwendungsprämissen einbezogen. Der reduktive Schluss ist in der Rechtsfindung gebräuchlich; auch wenn der reduktive Schluss logisch nicht zwingend ist, kann man ihn praktisch nicht entbehren³⁰³.

Obwohl sich das Ergebnis der Rechtsfindung – das Urteil – in deduktiver Form präsentiert, kommt es regelmässig vor, dass vom Einzelfall aus auf Konklusionen zur Anwendung der Norm geschlossen wird, aufgrund derer die anwendbaren Prämissen formuliert werden.

b Fallbezogenes Verständnis der Norm

Bei der Sachverhaltserforschung dominieren Formen reduktiver Schlüsse³⁰⁴, indem der vielschichtigere Lebenssachverhalt auf den juristischen Sachverhalt reduziert wird. Reduktive Erkenntnisschritte sind aber insbesondere auch in der materiellen Rechtsfindung häufig. Ausgangspunkt ist wiederum, dass der Wortlaut das normativ Gesollte für die konkret zu beurteilende Konstellation regelmässig nicht allein bestimmen kann.

Am Anfang einer juristischen Praxis steht so immer ein *Fall*³⁰⁵. Mit dem Hauptvermerk auf den Einzelfall entwickeln die Gerichte präzisierende Umschreibungen des Normsinns. Die Konkretisierung erfährt dabei – wie im weiteren Verlauf

³⁰¹ Insofern gilt: «Deduktion ist logisch zwingend. Reduktion ist es nicht»; Rödiger, Erkenntnisverfahren, S. 120.

³⁰² Vgl. zum Zusammenspiel unten, Kap. 3.I.3.3.3.

³⁰³ Vgl. Rödiger, Erkenntnisverfahren, S. 120.

³⁰⁴ Vgl. Rödiger, Erkenntnisverfahren, S. 123.

³⁰⁵ Vgl. Gröschner, Dialogik, S. 91 ff.; Lege, Pragmatismus, S. 453, 470.

veranschaulicht wird – präjudizielle Festigung: Sobald der Einzelfall entschieden ist, wird die erarbeitete Anwendungsprämisse für weitere Fälle herangezogen und ist nur unter spezifischen Voraussetzungen abänderbar. Sie ist oft in der Form von ausformulierten abstrakten Anwendungsregeln entwickelt, anhand derer sich das normativ Gesollte besser darstellen lässt.

Die Entwicklung von Anwendungsprämissen erfolgt somit in Auseinandersetzung mit den vorinstanzlichen Erwägungen und den hiergegen erhobenen Rügen. Sodann wird aber auch auf bereits Bekanntes zurückgegriffen, und zwar in Form von in bereits entschiedenen Fällen entwickelten Kriterien. Erforderlich ist insofern ein «*fallbezogeneres Verständnis*» der anwendbaren Normen: Gesetze verstehen heisst mithin, sie anhand sicher entschiedener Standardfälle und exemplarischer Prioritäten zu verstehen³⁰⁶.

Das fallbezogene Verständnis der Norm kann anhand von reduktiven Schlüssen analysiert werden. Bei reduktiven Schlüssen wird vom Fallmaterial auf regelartige Anwendungsmassstäbe der Norm geschlossen. Solche Schlüsse werden verschiedentlich explizit in den Urteilen ausgewiesen. Oftmals finden sie sich in Passagen, in denen eine Reihe von vergleichbaren Fällen aufgezählt wird. Ein Beispiel hierzu ist BGE 139 I 16 ff., in dem es um die Frage der Verhältnismässigkeit eines Widerrufs der Niederlassungsbewilligung geht. Der Beschwerdeführer war wegen einer qualifizierten Zuwiderhandlung gegen das Betäubungsmittelgesetz zu einer bedingten überjährigen Freiheitsstrafe verurteilt worden. Das Bundesgericht kam gestützt auf eine Analyse seiner bisherigen Rechtsprechung für vergleichbare Konstellationen und derjenigen des Europäischen Gerichtshofs für Menschenrechte³⁰⁷ zu dem Schluss, der Widerruf der Niederlassungsbewilligung wäre als unverhältnismässig zu betrachten³⁰⁸. Entschiedene Fallkonstellationen legen die Prämissen der Normanwendung fest³⁰⁹.

Das *reduktive Schliessen* ist für die Rechtsfindung also primär im Zusammenhang mit der Prämissenentwicklung (Entwicklung von Anwendungsmassstäben zur Norm) von Bedeutung³¹⁰, d.h., wenn abstrakte gerichtliche Regeln zur Anwendung der Norm entwickelt und angewendet werden. Die Reduktion ist dabei, wie

³⁰⁶ Gröschner, *Judiz*, S. 904; Gabriel, *Urteilkraft*, S. 20.

³⁰⁷ BGE 139 I 16 E. 2.2.

³⁰⁸ BGE 139 I 16 E. 3.

³⁰⁹ I.c. Art. 62 und 63 AuG bzw. Art. 62 und 63 AIG seit dem 1. Januar 2019.

³¹⁰ Vgl. auch Rödiger, *Erkenntnisverfahren*, S. 122.

bereits die logische Grundstruktur aufzeigt, nicht zwingend. Aus dem Fallmaterial wird nicht notwendigerweise auf eine richtige allgemeine Anwendungsregel der Norm geschlossen. Reduktive Schlüsse werden oft durch analogische Argumente gestärkt³¹¹. Durch das analogische Argument soll nahegelegt werden, dass regelartige Abstraktionen der Norm auch auf vergleichbare neu zu beurteilende Sachverhaltskonstellationen angewendet werden können.

2.4 Analogie

a Struktur des analogischen Arguments

Reduktives Schliessen wird ergänzt³¹² – je nach Lehrmeinung auch: ersetzt³¹³ – durch analogische Argumente. Analogische Schlüsse sind im Kern *Gleichheitsargumente oder -schlüsse*. Analogie ist in der Mathematik Gleichheit zweier Grössenverhältnisse. In der Philosophie ist die Analogie nicht die Gleichheit zweier quantitativer, sondern qualitativer Verhältnisse³¹⁴ und wird mit der Erkenntnislehre verknüpft. Die klassische Analogie ist – zurückgehend auf Aristoteles – definiert als Gleichheit der Relation von vier Termen/Begriffen (A, B, C, D), wobei der zweite (B) mit dem ersten (A) in der gleichen Beziehung steht wie der vierte (D) mit dem dritten (C). Abgekürzt dargestellt $A:B = C:D$ ³¹⁵.

Bei der Analogie wird das zu Erkennende in einem Bezug (Relation) erkannt, den es zu einem anderen hat, das bekannter ist³¹⁶. Analogien werden regelmässig zur Problemlösung herangezogen, und zwar insofern, als das Lösen eines Problems dadurch erleichtert werden kann, wenn auf die Lösung eines anderen Problems, das ein analoges Prinzip enthält, Bezug genommen wird³¹⁷. Die analogische Ana-

³¹¹ Auch die Analogie hat dabei kein zwingendes Resultat; vgl. Gast, Rhetorik, Rz. 269, und sogleich unten.

³¹² Brewer, Exemplary Reasoning, S. 961 f.

³¹³ Vgl. Cross/Harris, Precedent, S. 187 ff.; Weinreb, Legal Reason, S. 38 f.

³¹⁴ Kant, KrV, tr. Anal. 2B 3. H 3. Abs. 3 (I 217-Re 274).

³¹⁵ <http://arbeitsblaetter.stangl-taller.at/DENKENTWICKLUNG/Analogien.shtml>. Als Beispiel: Nach KANT können übersinnliche (die Erfahrung übersteigende) Objekte positiv nur über die Analogie von Erfahrbarem, zur Erscheinungswelt Gehörendem nähergebracht werden; Kant, Fortschritte der Metaph., 1. Abt. (V3, 107); Eisler, Kant, S. 8.

³¹⁶ Kaufmann, Rechtsgewinnung, S. 62.

³¹⁷ <http://arbeitsblaetter.stangl-taller.at/DENKENTWICKLUNG/Analogien.shtml>, besucht am 27. September 2019.

lyse stellt die Frage, ob das Merkmal, das zweifelsfrei der bekanntere Fall 1 aufweist, auch dem unbekannten Fall 2 zuzuordnen ist³¹⁸. Wenn zwei oder mehrere Grössen in einer oder mehreren Hinsichten einander ähnlich sind, besteht die Möglichkeit, dass sie auch in anderen Hinsichten einander ähnlich sind³¹⁹. Bei der Analogie wird das weniger Bekannte mit dem Bekannten verglichen³²⁰.

Der Analogieschluss wird zuweilen als *Kombination von Deduktion und Reduktion* (Induktion) umschrieben³²¹. Analoges Denken ist nach diesem Verständnis eine zunächst induktive Form der Beweisführung³²². Aus einzelnen gesetzlichen Anhaltspunkten wird induktiv auf ein allgemeines Rechtsprinzip geschlossen, dem dann wieder deduktiv ähnlich gelagerte Fälle unterstellt werden³²³. Andere Autoren bezeichnen die Analogie nicht als logischen Schluss, sondern als «*Vergleich mit einer sehr komplexen Struktur*»³²⁴, die namentlich von der Wahl eines Vergleichspunktes abhängig ist (sog. *tertium comparationis*)³²⁵.

Für den vorliegenden Kontext ist die (umstrittene) logische Qualifikation des analogen Denkens weniger wichtig als seine Erkenntnisstruktur: Analogische Argumente legen nahe, dass eine für eine Fallkonstellation entwickelte Regel oder ein Prinzip auf weitere Fallkonstellationen anzuwenden ist. Erst durch die *Festsetzung* der Gleichheit wird aus der Analogie ein logisch gültiger Schluss. Die Ana-

³¹⁸ Vgl. bereits Aristoteles, Rhetorik, Bd. I N. 1357b; Kaufmann, Rechtsgewinnung, S. 76.

³¹⁹ <http://arbeitsblaetter.stangl-taller.at/DENKENTWICKLUNG/Analogien.shtml>, besucht am 27. September 2019.

³²⁰ Vgl. Kaufmann, Rechtsgewinnung, S. 59.

³²¹ Kramer, Methodenlehre, 6. A., S. 234; Engisch, Einführung, S. 255 mit Fn. 40; Zeller, Auslegung, S. 200. Für die US-Diskussion: Brewer, Exemplary Reasoning, S. 961 ff. Zu dieser Konzeption kritisch Weinreb, Legal Reason, S. 20 ff.

³²² «Denken in Analogien». Dem analogen Denken wird in der kognitiven Psychologie eine grosse Bedeutung zugemessen (Analogien beim Problemlösen); vgl. Strauch, Mustererkennung, S. 341 ff.

³²³ Vgl. Kramer, Methodenlehre, 6. A., S. 234, mit Bezug auf Rechts- und Gesetzesanalogie.

³²⁴ Kaufmann, Rechtsgewinnung, S. 59; Kaufmann, Analogie, S. 30.

³²⁵ Goethe hat den Sowohl-als-auch-Charakter der Analogie betont. «Jedes Existierende ist ein Analogon alles Existierenden, daher erscheint uns das Dasein immer zugleich gesondert und verknüpft: Folgt man der Analogie zu sehr, so fällt alles identisch zusammen; meidet man sie, so zerstreut sich alles ins Unendliche. In beiden Fällen stagniert die Betrachtung [...]»; Goethe, Werke, S. 368.

logie ist insofern ein *wahrheitserweiternder Schluss*, und die Gleichheit bedarf der materiellen Begründung³²⁶.

Der analogische Vergleich erhält im Rechtsfindungsverfahren erstens umso mehr Gültigkeit, je mehr Vergleichsfälle vorliegen. Die Argumentation, dass Fälle x, y, z genau gleich entschieden wurden, ist in den Urteilen sehr präsent; mit der begründenden Bezugnahme werden Analogien hergestellt³²⁷. Zweitens hängt die Gültigkeit der Analogie wesentlich von der Wahl des Vergleichspunktes (*tertium comparationis*) ab und den Merkmalen, die verglichen werden³²⁸. Die Analogieargumente können im Allgemeinen die Wahrheit ihrer Konklusion nicht beweisen, da diese abhängig ist von der Wahrheit der Analogieprämisse bzw. des *tertium comparationis*³²⁹. Die Bestimmung des Vergleichspunktes ist oftmals fallentscheidend. Je nach Wahl des Vergleichspunktes können unterschiedliche Resultate folgen.

Obwohl Analogieargumente wahrheitserweiternde Schlüsse sind, haben sie eine sehr grosse Bedeutung. Wissenschaften können nicht ohne solche Strukturhypothesen auskommen³³⁰. Dem analogischen Vergleich kommt im Rahmen des Rechtserkenntnisverfahrens ein weit höheres Gewicht zu, als dies traditionell dargestellt wird.

b Beschränkte Bedeutung: Analogische Erkenntnisschritte bei Lücken, Umkehrschluss und Grössenschluss

In der Methodik des Rechts werden Analogieschlüsse traditionell oft als «Argumente zur Entscheidung über Sachverhalte, die im Gesetz nicht geregelt sind», bezeichnet, und insofern als «Rechtsfortbildung»³³¹. Analoge Erkenntnisschritte werden gemäss diesem traditionellen Verständnis für die Frage herangezogen, ob eine Norm, die nach ihrem Wortlaut auf den zu beurteilenden Fall an sich nicht anwendbar wäre, durch analoge Argumentation dennoch herangezogen werden kann. Ein Beispiel einer solchen analogen Anwendung ist die Heranziehung pri-

³²⁶ Vgl. Puppe, Juristisches Denken, S. 171.

³²⁷ Vgl. Kaufmann, Rechtsgewinnung, S. 59.

³²⁸ Vgl. Kaufmann, Rechtsgewinnung, S. 59.

³²⁹ Tetens, Argumentieren, S. 180.

³³⁰ Tetens, Argumentieren, S. 182. Vgl. auch Tetens, Argumentieren, S. 180.

³³¹ Puppe, Juristisches Denken, S. 169.

vaterechtlicher Regelungen als subsidiäres Öffentliches Recht³³². Nach traditioneller Darstellung bedarf es einer Analogie erst dann, wenn die Norm eine planwidrige Unvollständigkeit aufweist³³³.

Das Bundesgericht lässt diese (traditionelle) Form von Analogie nur zu, wenn eine Gesetzeslücke besteht³³⁴. Dabei muss durch Auslegung ermittelt werden, ob überhaupt eine auszufüllende Lücke besteht oder nicht. Soweit die Gesetzgebung bei einer Rechtsfrage bewusst auf eine Regelung verzichtet und diese damit stillschweigend im negativen Sinne entschieden hat (sog. qualifiziertes Schweigen), liegt keine Lücke vor. Wird das Vorliegen einer Lücke hingegen bejaht, ist – wiederum nach traditionellem Analogieverständnis – zwischen echten und unechten Lücken zu unterscheiden. Eine echte Lücke besteht gemäss der Praxis des Bundesgerichts, «wenn der Gesetzgeber etwas zu regeln unterlassen hat, was er hätte regeln sollen, und dem Gesetz diesbezüglich weder nach seinem Wortlaut noch nach dem durch Auslegung zu ermittelnden Inhalt eine Vorschrift entnommen werden kann»³³⁵. Demgegenüber ist von einer unechten (rechtspolitischen) Lücke auszugehen, wenn «dem Gesetz zwar eine Antwort, aber keine befriedigende zu entnehmen ist»³³⁶. Nur bei echten Lücken ist es dem Gericht gestattet, diese auf dem Weg der Analogie zu schliessen³³⁷. Voraussetzung für einen Analogieschluss ist zudem, dass eine hinreichende Ähnlichkeit besteht zwischen der positivrechtlich geregelten Konstellation und der Thematik, hinsichtlich welcher eine echte Lücke vorliegt³³⁸.

Ein Fallbeispiel für analoges Denken in diesem traditionellen Sinne ist BGE 138 II 557 ff. In diesem Entscheid ging es um die Frage, ob die Immobilienübertragung zwischen einer Stiftung und ihrer Tochtergesellschaft – einer Immobiliengesellschaft – von der Handänderungssteuer befreit ist. Art. 24 Abs. 3^{quater} StHG sieht vor, dass Vermögensbestandteile steuerneutral nur zwischen Kapitalgesellschaften oder Genossenschaften übertragen werden können, die unter der einheitlichen Leitung einer Kapitalgesellschaft oder Genossenschaft zusammengefasst sind. Die Stiftung stellte sich auf den Standpunkt, dass entgegen dem Wortlaut die Steuer-

³³² Vgl. Kramer, Methodenlehre, 6. A., S. 231 f.

³³³ Puppe, Juristisches Denken, S. 172, 175; Kramer, Methodenlehre, 6. A., S. 226 f.

³³⁴ BGE 141 III 43 E. 2.5.1.

³³⁵ BGE 144 IV 97 E. 3.1.2, 141 III 43 E. 2.5.1.

³³⁶ BGE 144 IV 97 E. 3.1.2.

³³⁷ BGE 144 IV 97 E. 3.1.2.

³³⁸ BGE 129 V 345 E. 4.1, 129 V 27 E. 2.2.

befreiung auch bei einer Vermögensübertragung auf eine Stiftung gelte³³⁹, was vom Bundesgericht nach Feststellen einer Lücke und Interpretation nach Sinn und Zweck bejaht wurde³⁴⁰.

Von (etwas) grösserer Relevanz als der traditionelle Analogieschluss sind Umkehrschluss und Grössenschluss sowie verwandte Schlussformen, die ebenfalls analogisch strukturiert sind. Der Umkehrschluss (*argumentum e contrario*) wird oft als das Gegenstück zur Analogie bezeichnet³⁴¹. Diesbezüglich wird aus dem Umstand, dass eine bis zur Grenze des möglichen Wortsinns interpretierte Norm den zu beurteilenden Fall nicht erfasst, der Schluss gezogen, dass sich das Gesetz «bewusst ausschweigt» (qualifiziertes Schweigen), der Fall also tatsächlich nicht erfasst werden sollte. Der Umkehrschluss verneint das Vorliegen einer Gesetzeslücke und greift dann, wenn alles dafür spricht, dass der Normsinn abschliessenden Charakter hat³⁴².

Auch qualifizierte Analogieschlüsse wie das *argumentum a fortiori* (Grössenschluss) erlangen relativ selten Bedeutung. Dies kann der Fall sein als *argumentum a minori ad maius*, wenn eine Rechtsfolge, die sich an einem – gemessen am Gesetzeszweck – weniger zwingenden Sachverhalt ergibt, auch für einen wertungsmässig gewichtigeren Fall dienen muss, der gesetzlich nicht geregelt ist oder in der Struktur des *argumentum a maiori ad minus* («wenn nach dem Gesetz nicht einmal der gewichtigere Sachverhalt eine bestimmte Rechtsfolge auslöst, so erst recht nicht der weniger gewichtige»)³⁴³.

c **Wesentlich bedeutsamer: Analogie im Rahmen der Auslegung**

Die im eingangs dargestellten traditionellen Sinne analog angewandte Rechtsnorm hat im Bereich des Öffentlichen Rechts wenig Bedeutung. Im Strafrecht ist sie sogar ganz verboten³⁴⁴. Seine wesentliche Bedeutung erlangt das analogische Denken im Recht indessen – viel subtiler und dann häufig –, im Rahmen der Auslegung. Dies namentlich im Zusammenhang mit der Frage, ob auch der neu zu beur-

³³⁹ BGE 138 II 557 E. 7.

³⁴⁰ BGE 138 II 557 E. 7.2 f.

³⁴¹ Vgl. Kramer, Methodenlehre, 6. A., S. 237.

³⁴² Kramer, Methodenlehre, 6. A., S. 237 f.

³⁴³ Bydlinki, Methodenlehre, S. 479; Kramer, Methodenlehre, 6. A., S. 235.

³⁴⁴ Art. 1 StGB.

teilende Fall unter bereits entwickelte regelartige Anwendungsmassstäbe zur Norm zu subsumieren ist³⁴⁵, oder hinsichtlich Fragen zu ihrer Tragweite.

Wie im hier vertretenen Sinn hat Eugen Huber im Falle eines Analogieschlusses keine Lücke im Gesetz annehmen wollen: Eine Lücke liegt für ihn vor, «wenn für einen gegebenen Fall das Gesetz keinen Rechtssatz enthält, der direkt oder auf dem Wege der Analogie zur Anwendung gebracht werden dürfe»; er zählte den Analogieschluss zu der eigentlichen (sinngemässen) Auslegung i.e.S., also zum Bereich von Art. 1 Abs. 1 ZGB³⁴⁶.

Die fundamentale Bedeutung eines analogen Arguments in der Rechtsfindung liegt somit an einer anderen Stelle als der Lückenfüllung, vielmehr nämlich bei der Norminterpretation³⁴⁷: Wie dargelegt, bezeichnet eine Rechtsnorm in ihrem Tatbestand mit Blick auf den Einzelfall regelmässig keine hinreichende Bedingung für den Eintritt einer bestimmten Rechtsfolge. Sie ist insbesondere für verschiedene darunter fallende Sachverhaltskonstellationen zum Zweck der rechtsgleichen Behandlung zu konkretisieren. Unter eine Norm fällt regelmässig eine Vielzahl von Fallkonstellationen, welche unter dem Gesichtswinkel des Normsinns jeweils rechtsgleich angewendet werden sollen. Gefragt wird, was das Gesetz mit der Norm erreichen will³⁴⁸, und zwar über den Einzelfall hinaus. Die Norm muss vor dem Hintergrund bereits beurteilter Fälle für neue Sachverhaltskonstellationen weiter konkretisiert werden, und hierzu sind analogische Argumente – Bezugnahmen auf Erwägungen also, die für bereits entschiedene Fallkonstellationen entscheidend waren – unerlässlich. Ein Fallvergleich ist in dem Sinne Analogie³⁴⁹.

³⁴⁵ Vgl. Puppe, Juristisches Denken, S. 172.

³⁴⁶ E. Huber, Recht, passim; Kramer, Methodenlehre, 6. A., S. 227.

³⁴⁷ Die hier zu untersuchende Konzeption beschränkt sich somit auch nicht auf die Frage der Lückenfüllung *intra legem* (d.h. die Lückenfüllung bei Generalklauseln, Verweisen und insb. bei Erkenntnislücken). Es wird vermehrt nicht als Sache der Lückenfüllung nach Art. 1 Abs. 2 ZGB, sondern der Auslegung (Art. 1 Abs. 1 und Abs. 4 ZGB) angesehen, die genaue Tragweite unpräziser Normen zu eruieren; vgl. auch Hürlimann-Kaup/Schmid, Einleitungsartikel, N. 175 mit weiteren Hinweisen auf die Literatur. Die Schaffung neuer Normen im traditionellen Sinne (Schaffung neuer Normen *praeter legem*), wie dies noch unter der alten Verfassung mit ihrem ungeschriebenen Grundrechtskatalog regelmässig vorkam, hat mit der in Kraft stehenden BV stark an Bedeutung verloren.

³⁴⁸ Vgl. Strauch, Mustererkennung, S. 347 f.

³⁴⁹ Vgl. Kaufmann, Rechtsgewinnung, S. 76.

Die Entwicklung von Fallentscheidungsregeln ist dabei eines, die Gleichsetzung ein anderes³⁵⁰. Analogische Erkenntnisschritte braucht es im Rahmen der Rechtsfindung einerseits für die Entwicklung von Anwendungsmassstäben zur Norm (Prüfungsmassstabkonstruktion) unter Berücksichtigung bereits entschiedener Fälle. Die Anwendungsmassstäbe (Fallentscheidungsregeln) sollen eine einheitliche Rechtsanwendung über die Varianz von Streitkonstellationen ermöglichen. Andererseits stellt sich die Frage, ob die neu zu beurteilende Fallkonstellation unter den Anwendungsvoraussetzungen der Norm beurteilt werden kann. Wenn dies verneint wird, stellt sich die Frage, wie die Norm nunmehr auch für weitere Fallkonstellationen analog konkretisiert werden kann, sodass der Normsinn über weitere Fallkonstellationen hinweg rechtsgleich zum Ausdruck kommen kann. Die Konkretisierung der Regelungs idee beinhaltet insofern analogische Erkenntnisschritte³⁵¹, und Rechtsfindung ist entsprechend oft Entscheidung durch einen Vergleich mit den bereits unter die Norm subsumierten Fällen³⁵².

Der analogische Schluss erhält demnach – nicht nur, aber insbesondere – im Rahmen der Rechtsfindung seine spezifische Bedeutung, und zwar in Auseinandersetzung mit *bereits entschiedenen Fallkonstellationen*. In Urteilen werden denn auch sehr häufig – ähnlich wie eine direkte Erkenntnisquelle³⁵³ – abstrakte Erwägungen aus entschiedenen Fällen angeführt. Verkürzt könnte man also sagen: Entweder die im Urteil gemachte Aussage ist aus dem Wortlaut der Norm klar (und entspricht auch dem von der Gesetzgebung Intendierten) oder aber die Interpretation wird mit bereits entschiedenen – publizierten oder unpublizierten – Urteilserwägungen belegt.

Die gewöhnliche Rechtsanwendung beinhaltet also regelmässig auch einen *Gleichsetzungsakt*³⁵⁴ bzw. die Auseinandersetzung damit: Das analoge Denken umfasst auch im Rahmen der Gesetzesinterpretation die Grundstruktur, dass auf Bekanntes zurückgegriffen wird, um weniger Bekanntes zu beurteilen – wie im Sinne des antiken Paradox des Menon kann der Richter nur erkennen, wenn er

³⁵⁰ In Anlehnung an die deutsche Terminologie könnte man sagen, die Bildung der Fallnorm betreffe den Obersatz; die Gleichsetzung der Fälle den Untersatz; vgl. Kaufmann, Rechtsgewinnung, S. 76.

³⁵¹ Vgl. Kap. 2 III 2.4 c und d. Vgl. zur Verwandtschaft der teleologischen Interpretation mit analogischen Erkenntnisschritten bereits Kaufmann, Rechtsgewinnung, S. 80.

³⁵² Vgl. Kaufmann, Rechtsgewinnung, S. 77.

³⁵³ Das Zitieren von Urteilen ist weit häufiger als dasjenige von Literatur.

³⁵⁴ Vgl. Kaufmann, Rechtsgewinnung, S. 81.

schon kennt³⁵⁵. Die juristische Methode hat – wie nachfolgend anhand von zahlreichen Beispielen erschlossen wird – sogar in ihrem Kern analogischen Charakter (normativer Fallvergleich)³⁵⁶. Auf der Grundlage von bereits Entschiedenem kann für neue Fälle – die nie je ganz genau gleich liegen – kombinatorisch gearbeitet werden³⁵⁷. Das Gericht ist entsprechend bei fast aller Rechtsanwendung in Auseinandersetzung mit bisherigen Normwirkungen schöpferisch tätig, wenn auch in unterschiedlichem Ausmass³⁵⁸.

Analogisches Denken wird so benötigt für die Einordnung von Sachverhalten, für die Interpretation von Normen und generell für die juristische Erkenntnis³⁵⁹. Es nimmt – bereits in einer ersten Annäherung – eine wichtige Funktion für die Sicherstellung der Kohärenz des Entschiedenen ein³⁶⁰. Analogische Erkenntnisschritte müssen unter dieser Betrachtungsweise widerspruchsfrei, umfassend und stimmig sein³⁶¹. Analogisches Denken tritt – wie noch detailliert zu erläutern sein wird – oftmals oder regelmässig vor den Subsumtionsvorgang³⁶².

d Analogisches Argument und Präjudizien

Um die Frage der Gleichheit der qualitativen Verhältnisse geht es somit auch in der schweizerischen Rechtsanwendung. Ausgangspunkt ist dabei die Feststellung, dass *kein zu beurteilender Fall gleich ist* wie ein bereits beurteilter. Um festzustellen, dass etwas gleich ist wie ein anderes, muss es von ihm verschieden sein. Jeder neu zu beurteilende Fall wird, auch wenn er nicht gleich ist, mit bereits beurteilten Fällen verglichen.

Besondere und für die Darstellung der Entscheidfindung relevante Bedeutung erlangt das analogische Denken im Bereich der Präjudizienrezeption. Denn die beurteilten und neu zu beurteilenden Fälle sind grundsätzlich nie gleich (dies wäre ein Fall des *argumentum a pari*), sondern einander bloss mehr oder minder ähnlich

³⁵⁵ Platon, Menon, 98d ff.

³⁵⁶ Vgl. Kaufmann, Rechtsgewinnung, S. 6. Vgl. sogleich Kap. 3.

³⁵⁷ Strauch, Mustererkennung, S. 372.

³⁵⁸ Vgl. Kaufmann, Rechtsgewinnung, S. 81.

³⁵⁹ Vgl. auch Strauch, Mustererkennung, S. 355 ff., der zur Illustration zwischen Einordnungsmustern, Interpretationsmustern und Problemlösungsmustern differenziert.

³⁶⁰ Vgl. Strauch, Mustererkennung, S. 341 f.

³⁶¹ Strauch, Mustererkennung, S. 342.

³⁶² Vgl. mit Bezug auf die Mustererkennung Strauch, Mustererkennung, S. 346.

(Gleichbehandlung von Gleichem; *argumentum a simile*); gerade deshalb wird der Vergleich mit anderen Fällen notwendig³⁶³. Die logischen Zusammenhänge sind dabei nicht im Vorhinein (*a priori*) im angewendeten Rechtsstoff enthalten; sie werden fall- und problembezogen nachträglich (*a posteriori*) hergestellt³⁶⁴.

Der vergleichende Schluss kann so – wie sich insbesondere im Bereich der Grundrechte zeigen wird – auf zwei unterschiedliche Arten erfolgen³⁶⁵. Einerseits kann *Case Law* herangezogen werden, um die Regelungsidee, die sich anhand von Einzelfällen in ihren unterschiedlichen Aspekten zeigt, zu verdeutlichen oder zu veranschaulichen (*indirekte Analogie*). Andererseits können neu zu beurteilende Fallkonstellationen hinreichend nah an einer bereits entschiedenen Konstellation sein, sodass sie anhand derselben bereits für solche Sachverhaltskonstellationen entwickelten Anwendungsmassstäbe rechtssatzartig subsumiert werden (*direkte Analogie*).

Bei der *indirekten Analogie* ist von einer Analogie im logischen Sinne auszugehen (*argumentum a simile*). Einzelne Fälle werden miteinander verglichen, um die jeweiligen Aspekte des Grundrechts bzw. der anwendbaren Norm(en) zu eruieren und die Anwendungsmassstäbe für die einschlägige Bestimmung in Kenntnis der bisherigen Fallentscheidungen abstrakt regelartig zu definieren. Die Prämissen entstehen dabei reduktiv (induktiv), indem das Gericht aufgrund von Einzelfällen regelartige Anwendungsmassstäbe zur Norm entwickelt. Bei hinreichender Ähnlichkeit wird der neu zu beurteilende Fall in direkter Analogie unter die dort bereits zur Norm entwickelten Prämissen subsumiert. Bei einer *direkten Analogie* werden aufgrund von Einzelfällen bereits gebildete Anwendungsprämissen demnach auch auf die neu zu behandelnde Fallkonstellation direkt, mithin rechtssatzartig angewendet.

Der vergleichende Schluss misst sich somit an den gerichtlich entwickelten abstrakt-regelartigen Anwendungsprämissen zu einschlägigen Normen, die in den Urteilen ausgewiesen werden. Die Anwendungsprämissen erlangen dadurch eine über den Einzelfall hinausgehende, allgemeinere Geltung.

³⁶³ Vgl. etwa Schnapp, Denklehre, S. 150 f., zur Feststellung, dass ein Schluss *per analogiam* nur dann vorliegt, wenn die beiden Begriffe einander ähnlich, zugleich aber nicht in allen Merkmalen identisch sind.

³⁶⁴ Vgl. Gast, Rhetorik, Rz. 250.

³⁶⁵ Vgl. Kap. 3 VI 3 3.4–3.6.

Kapitel 3: Strukturelemente des Entscheidungsprozesses

I. Vorüberlegungen

1. Umkehr des Betrachtungswinkels: Anwenderperspektive

Auf der Grundlage der bisherigen Erkenntnisse auf formal-logischer Basis sollen nunmehr die der Subsumtion vorgelagerten Erkenntnisschritte detailliert ausgearbeitet werden. Von Bedeutung ist dabei zunächst die dogmatisch-sprachphilosophische Einbettung: Um die Funktion des Gerichts darstellen zu können, ist kurz auf die hermeneutischen Grundlagen einzugehen, die letztlich alle gerichtlichen Abstraktionen hervorbringen und die Norm auch mit der Lebenswelt verbinden.

2. Die hermeneutische Herausforderung

2.1 Sprachliche Fassbarkeit von Aussenwelt

Textgebundene Wissenschaften wie Philologie, Theologie, Ethik, Jurisprudenz und Geschichte sind vor die Aufgabe gestellt, Texte (Zeichen) zu verstehen und, wo die Zeichen normativen Gehalt haben, sie zu erläutern³⁶⁶. Entsprechend versucht die Rechtssprache, die normative Ordnung, aus der Regeln und Rechtsfolgen abgeleitet werden, zugänglich zu machen. Mittels der Sprache zugänglich und verständlich gemacht werden soll somit ein normativer Gehalt, aus dem sich in der Rechtsanwendung ganz konkrete Rechte und Pflichten des Einzelnen ableiten lassen³⁶⁷.

Voraussetzung der Rechtsanwendung ist daher, dass man das normativ Gesollte versteht, nach seinem Sinn auf den Einzelfall anzuwenden vermag. Eine erste philosophische Grundannahme des Rechts ist damit bereits vorweggenommen: Ganz allgemein pflegen wir die Grundüberzeugung, dass die Welt und ihre Geschehnisse erkennbar sind. Wir gehen als Juristinnen und Juristen davon aus, dass Rechtstexte verstanden werden können, aber auch, dass die Aussenwelt für uns so

³⁶⁶ Vgl. Schluep, Rechtstheorie, N. 2651; Hänni, Hermeneutik, S. 75.

³⁶⁷ Hänni, Hermeneutik, S. 75.

verfasst ist, dass sie unserem Verstehen in ihren Grundzügen entgegenkommt und eine zusammenhängende Erfahrung (von ihr) zulässt³⁶⁸.

Diese Grundannahme zeigt sich beispielsweise bei der sprachlichen Konstruktion des juristischen Sachverhaltes, den man aus einem Lebenssachverhalt heraus erfassen muss: Erst durch die Möglichkeit, den verschriftlichten Lebenssachverhalt – trotz der damit verbundenen Reduktion seiner Komplexität – durch die sprachliche Konstruktion des juristischen Sachverhalts zu wiederholen, kann die sich darauf stützende Interpretation des Rechts Gültigkeit beanspruchen³⁶⁹.

Trotz aller immer wieder auftretenden Schwierigkeiten der Sachverhaltserfassung wird in der Rechtsanwendung also von einer Disposition der Aussenwelt für ihre Fasslichkeit ausgegangen³⁷⁰, d.h. von der Prämisse der sprachlichen Erkennbarkeit (bzw. Reproduzierbarkeit) des Wirklichen, die dann auch zur Grundlage genommen wird, um ein juristisches Urteil zu bilden³⁷¹.

Die Bezugnahme zur Aussenwelt erfolgt dabei mittels Sprache, genauer, indem man Lebenssachverhalte unter Normen subsumiert. Insofern ist die Möglichkeit, Aussenwelt juristisch erfahrbar zu machen, Sprache; und um Recht anwenden zu

³⁶⁸ Vgl. Angehrn, Grenzen, S. 146; Hänni, Hermeneutik, S. 76.

³⁶⁹ Zur phänomenologischen Reduktion der Komplexität eines Lebenssachverhaltes Hänni, Gefühl am Grund der Rechtsfindung, S. 46 ff.; Hänni, Hermeneutik, S. 76.

³⁷⁰ Angehrn, Grenzen, S. 146.

³⁷¹ Diese metaphysische Prämisse des juristischen Arbeitens ist aus philosophischer Sicht umstritten; vgl. dazu KANT, der festhält, dass die äusseren Dinge (physische Phänomene) uns zwar als Gegenstände gegeben, uns aber doch nur als Erscheinungen zugänglich seien: «[E]s sind uns Dinge als außer uns befindliche Gegenstände unserer Sinne gegeben, allein von dem, was sie an sich selbst sein mögen, wissen wir nichts, sondern kennen nur ihre Erscheinungen, d.i. die Vorstellungen, die sie in uns wirken, indem sie unsere Sinne affizieren»; Kant, Prolegomena, S. 62 f. Vgl. auch Husserl, Untersuchungen, S. 350, der richtungsweisend festhält: «Die Erscheinungen selbst erscheinen nicht, sie werden erlebt». In allen Fällen sind die äusseren Dinge *Bewusstseinsinhalte*, in denen äussere Dinge erscheinen; Brentano, Schriften, S. 107. Phänomenologisch besteht das Wesen eines Gegenstandes in der Kontinuität, mit der sich die perspektivischen Abschattungen der Dingwahrnehmung ineinander überführen; Husserl, Ideen, § 41. In einem ähnlichen Sinn wie HUSSERL bei der Wahrnehmung spricht GADAMER von der «sprachlichen Abschattung» als «Ansicht der Welt»; Gadamer, Wahrheit, 7. A., S. 452; ein primär uneingeschränkter Sinn von Welt kommt sprachlich zu einer endlichen Darstellung; Gadamer, Wahrheit, 7. A., S. 469; Hänni, Hermeneutik, S. 76.

können, werden nicht nur textualisierte Rechtsnormen, sondern auch die Textualisierung von Lebenssachverhalten benötigt³⁷².

2.2 Verstehensherausforderung des Rechts

Geht man von dieser prinzipiellen Erkennbarkeit von Aussenwelt aus, so lässt sich daraus eine wesentliche zweite sprachphilosophische Grundannahme im Recht herleiten, nämlich der Sinnzusammenhang eines Rechtssystems: Juristinnen und Juristen verstehen den abstrakten Tatbestand mit der abstrakten Rechtsfolge zusammen mit dem konkreten Sachverhalt als Sinneinheit³⁷³, um daraus Rechtsfolgen ableiten zu können³⁷⁴.

Indem die Bedeutung einer Rechtsregel erfasst, ausgelegt, paraphrasiert oder unterschiedlich interpretiert werden kann, wird zudem ihr eigenständiger Bedeutungsinhalt *vorausgesetzt*³⁷⁵. Soll ein Lebenssachverhalt unter einen Rechtssatz subsumiert werden, steht er gleichermassen in Beziehung zur Rechtsordnung als Ganzem.

Mit den beiden Grundannahmen von einerseits einer prinzipiellen Erkennbarkeit von rechtlich relevanter Wirklichkeit³⁷⁶ und andererseits dem Sinngehalt der Rechtsordnung wird die Verstehensherausforderung, die sich für einen Rechtsanwender stellt, deutlich³⁷⁷.

Um diese Verstehensherausforderung zu konkretisieren und anhand von Beispielen zu veranschaulichen, gilt es einerseits darzustellen, wo und wie sich diese im Recht typischerweise zeigt³⁷⁸ und wie die Gerichte dieser Verstehensherausforderung begegnen. Aufgezeigt werden muss demnach als Erstes eine (auch) sprachliche Offenheit des auf den ersten Blick abgeschlossenen Rechtssystems. Denn die

³⁷² Hänni, Hermeneutik, S. 77.

³⁷³ Vgl. Schluep, Rechtstheorie, N. 2651, bzw. die Einheit des Sinnes lässt uns das Gesagte verstehen; Gadamer, Wahrheit, 7. A., S. 473.

³⁷⁴ Hänni, Hermeneutik, S. 77.

³⁷⁵ Vgl. Angehrn, Grenzen, S. 147. Verstehen wird hier daher gleichgesetzt mit «etwas seinem Sinn nach auffassen»; vgl. auch Angehrn, Wege, S. 169; Hänni, Hermeneutik, S. 77.

³⁷⁶ Oben, Kap. 3 I 2 2.1.

³⁷⁷ Hänni, Hermeneutik, S. 78.

³⁷⁸ Sogl. unten, II ff.

sich unter dieser Betrachtungsweise eröffnenden *Interpretationsräume* stellen eine spezifische Herausforderung für die Rechtsfindung dar³⁷⁹.

Eine naheliegende erste Kategorie, welche solche Interpretationsräume und Wertungserfordernisse eröffnet, bilden Bestimmungen, welche den Behörden einen Ermessensspielraum zugestehen. Solche Kann-Vorschriften delegieren die angemessene Bewertung für den konkreten Fall bewusst von der Gesetzgebung an die Rechtsanwendung. Der so geforderte Ermessensentscheid der Behörde hat ein relativ starkes Gewicht: In der Regel beschränkt sich die Überprüfung eines solchen Entscheids durch die höheren Verwaltungsgerichte auf Willkür; in allen nicht als willkürlich beurteilten Fällen verbleibt das Entscheidungsgewicht für die angemessene Interpretation beim Rechtsanwender³⁸⁰.

Ein weiteres Beispiel, welche das Gewicht der Eigenwertung im Recht verdeutlicht, sind Gesetzeslücken. Immer wieder regeln Gesetzestexte gewisse Sachverhalte nicht, weil der entsprechende Fall zum Zeitpunkt des Erlassens nicht vorgesehen war. Gesetzestexte können also für einen konkreten Fall (anfänglich³⁸¹) lückenhaft sein. Die mit der Auslegung betraute Person ist für solche Fälle gehalten, eine angemessene Lösung, gestützt auf die dem Gesetz zugrunde liegenden Wertungen, selbst zu erschliessen³⁸². Auf diese Weise muss der Sinnzusammenhang des Rechts durch die Rechtsanwender für immer wieder neue Fälle erschlossen werden³⁸³.

Ein Rechtssystem hat so bereits auf einen ersten Blick eine (beschränkte) Offenheit für seine Interpretation, sodass dessen Sinn immer wieder zu erschliessen ist. Ansatzpunkte, um im geltenden Recht solche wertenden Sinnbezüge herzustellen,

³⁷⁹ Hänni, Hermeneutik, S. 78.

³⁸⁰ Dazu Schindler, Verwaltungsermessen, insb. Rz. 418 ff.; Hänni, Hermeneutik, S. 78.

³⁸¹ Die *anfängliche Lücke* besteht, wenn ein Sachverhalt nicht geregelt ist, der bei voller Verwirklichung der gesetzgeberischen Idee in das Gesetz hätte aufgenommen werden müssen. *Nachträgliche Lücken* können sich infolge Veränderungen der Verhältnisse oder neuer technischer Entwicklungen ergeben. Auch durch einen Bedeutungswandel der Rechtsnormen und unter dem Einfluss neuer, in die Rechtsordnung aufgenommener Wertvorstellungen können nachträgliche Lücken entstehen; Rüthers/Fischer, Rechtstheorie, Rz. 859 ff.; Riemer, Einleitungsartikel, § 4, Rz. 76 ff. Vgl. zu den nachträglichen Lücken zum Beispiel BGE 130 II 137, S. 144 ff.; 118 Ib 153, S. 159 ff.; 101 II 109, S. 115; zu den anfänglichen Lücken BGE 101 II 11, S. 12. Vgl. zur Sinnermittlung bei Lücken auch Seiler, Praktische Rechtsanwendung, S. 95 ff.

³⁸² BGE 126 II 71, S. 80 f.; 118 II 199, S. 200.

³⁸³ Hänni, Hermeneutik, S. 78 f.

ergeben sich nicht nur über unbestimmte Rechtsbegriffe oder auch über Generalklauseln (Lückenfüllung *intra legem*), sondern auch im Rahmen der Interessenabwägung – oder bei der Auslegung selbst. Ein wesentliches Bindeglied zwischen der Rechtsordnung und der Sinnermittlung durch den Rechtsanwender bilden auch die Rechts- und Verfassungsgrundsätze³⁸⁴.

2.3 Sprachgrenzen der juristischen Erkenntnis

Für juristische Erwägungen markiert der (klare) Wortlaut die Grenzen der zulässigen Ermittlung des Normsinns³⁸⁵.

Herausforderungen der juristischen Sinnermittlung der Norm ergeben sich einerseits bei unklarer oder mehrdeutiger Formulierung der Bestimmungen, etwa wenn der Gesetzestext nicht den wahren Sinn der Bestimmung wiedergibt. Die Grenzen der Sprache können sich aber bereits am Wortlaut der Norm als Ausgangspunkt der Interpretation zeigen³⁸⁶.

Nach der Rechtsprechung des Schweizerischen Bundesgerichts bildet der *Gesetzeswortlaut* den Ausgangspunkt der Interpretation³⁸⁷. Verbunden damit ist die primäre Annahme, dass der Wortlaut einer Bestimmung die sich stellenden Fragen klären kann, aber auch die massgebliche Stütze für die Interpretation der verwendeten Begriffe ist³⁸⁸.

Bei näherer Betrachtung zeigt sich, dass für die Bedeutungsinterpretation des Wortlauts einer Norm Massstäbe miteinbezogen werden, an denen sich die Sprache selbst orientiert³⁸⁹. Das lässt sich an Beispielen erläutern: Gemäss der (damals

³⁸⁴ Gächter, Rechtsmissbrauch, S. 400; zur Interessenabwägung insbesondere Seiler, Praktische Rechtsanwendung, S. 89 ff.; vgl. auch den Überblick zu den Wertungserfordernissen im Recht bei Hänni, Gefühl am Grund der Rechtsfindung, S. 50 ff.; Hänni, Hermeneutik, S. 79.

³⁸⁵ Vgl. dazu Hänni, Hermeneutik, S. 81.

³⁸⁶ Hänni, Hermeneutik, S. 82.

³⁸⁷ BGE 95 I 322, S. 326; 136 III 294, S. 296; 137 V 1, S. 12. Der Wortlaut ist Ausgangspunkt der Interpretation; dies steht dem Methodenpluralismus gemäss der Gesamtmethodik des Bundesgerichts nicht entgegen: Gibt die Heranziehung des Wortlauts den Sinn der Norm für den konkreten Fall jedoch nicht (sicher) wieder, so ist der Wortlaut im Rahmen des Methodenpluralismus gegenüber den anderen Auslegungskriterien abzuwägen; vgl. oben, Kap. 2 II 2.

³⁸⁸ Hänni, Hermeneutik, S. 82.

³⁸⁹ Hänni, Hermeneutik, S. 82.

in Kraft stehenden) innerrhodischen Kantonsverfassung galt das Stimmrecht für «alle im Kanton wohnhaften Landleute sowie die übrigen Schweizer». Der Passus wurde in ständiger kantonaler Praxis dahingehend ausgelegt, dass damit bloss Männer gemeint seien. In BGE 116 Ia 359 revidierte das Bundesgericht diese Auffassung: Eine (bundes)verfassungskonforme Auslegung führe zum Ergebnis, dass mit «Landleuten» und «Schweizern» auch Frauen gemeint seien. Damit wurde – über den richterlichen Weg – auch im letzten Kanton das Frauenstimmrecht eingeführt³⁹⁰.

Aus dem in der Verfassung verwendeten Begriff «Landleute» bzw. «Schweizer» allein liess sich demnach das *normativ Gesollte* für die Gerichte nicht ableiten. Entsprechend wird der Rechtsanwender kontextual im Sinne eines Vorverständnisses und einer Vorwertung für die Interpretation von Rechtsregeln und auch für die Entwicklung von Anwendungsmassstäben zur Norm Bezug nehmen³⁹¹.

Massstab für die Interpretation des Wortlauts ist nach der Konzeption WITTGENSTEINS etwa der Gebrauch von Begriffen in einer Lebensform, d.h. im sprachlich-sozialen Kontext einer Gesellschaft: Erst dadurch, dass wir wissen, wie sich ein Begriff in der Gesellschaft in seinem Gebrauch wandelt, kennen wir auch seine Rechtsbedeutungen³⁹². Durch ihren Gebrauch entwickeln sich Sprachspiele³⁹³ – auch dieser Begriff WITTGENSTEINS soll die Kontextualisierung verdeutlichen – eigenständig fort³⁹⁴. Die Textbedeutung misst sich an ihrem Gebrauch in der Rechtssprache.

Unter «Härtefall», «Arglist» oder «schädigende Absicht» können sehr unterschiedliche Handlungsweisen subsumiert werden; ein Konsens über eine inhaltliche Bestimmung oder Einschränkung – sie ergibt sich nicht allein aus der

³⁹⁰ Vgl. Hänni, Rechtsphilosophie, S. 175 f.

³⁹¹ Hänni, Hermeneutik, S. 82.

³⁹² Wittgenstein, Philosophische Untersuchungen, Urfassung (MS 142), FF 40 (41); vgl. auch Wittgenstein, Tractatus, Nr. 3.328. Vgl. zum Erfordernis der Kontextualisierung auch BRANDOM, der festhält: «[E]s [ist] nicht möglich, überhaupt irgendwelche Begriffe zu haben, wenn man nicht viele hat»; Brandom, Begründen, S. 28.

³⁹³ Der Begriff dient dazu, den Kontext der Äusserung hervorzuheben, um die Bedeutung des sprachlichen Ausdrucks zu erklären. Entsprechend den überaus zahlreichen sozialen Kontexten ergeben sich die unterschiedlichsten gesellschaftlichen Verwendungformen von Sprache, die WITTGENSTEIN «Sprachspiele» nennt; Schulte, Wittgenstein, S. 138.

³⁹⁴ Hänni, Hermeneutik, S. 82 f.

Begrifflichkeit des Gesetzes – ist für die juristische Interpretation daher unumgänglich³⁹⁵. In ähnlicher Weise kann die Notwendigkeit der Kontextualisierung von Begriffen am Beispiel der Lehrmeinungen zu den «*guten Sitten*»³⁹⁶ veranschaulicht werden. Während bis in die 1990er Jahre ein Prostitutionsvertrag als sittenwidrig und damit als nichtig galt, setzten sich in den letzten Jahren Autorinnen und Autoren dafür ein, dass die entsprechenden Verträge nicht als Verstoss gegen die guten Sitten verstanden werden³⁹⁷, damit die Entgeltforderung rechtmässig eingefordert werden kann³⁹⁸.

Die Interpretation des Rechtsbegriffs und seine gerichtliche Rekonstruktion für die Anwendung bestimmt sich also auch hier unter Bezugnahme auf gesellschaftliche Lebensformen, welche dem Rechtstext den *aktuellen Sinnbezug* verleihen³⁹⁹. In diesem Sinne erfordert die Rechtssprache ein Vorverständnis zur sozialen Praxis: Voraussetzungslos, ohne Kontextualisierung können aus den genannten Rechtsbegriffen und auch im Rahmen der Auslegung kaum je konkrete Rechtsfolgen abgeleitet werden. Im konkreten Anwendungsfall und im Laufe der Zeit können sich durch den Sprach- und Lebenswandel die Bedeutungsmöglichkeiten eines Begriffs – und des Gesetzestextes – zudem erheblich verändern⁴⁰⁰.

Massgeblich für die Bedeutung von juristischen Begriffen ist demnach (in einem eingeschränkten Rahmen) auch ein Vorverständnis im sprachlich-gesellschaftlichen Kontext ihrer Verwendung (Kontextualisierung), entsprechend ist bereits der Wortlaut des Gesetzes an hermeneutische Kategorien gebunden. Durch die Rechtssprache selbst können ihre Interpretationsmöglichkeiten demnach oftmals nicht so stark reduziert werden, wie dies für die Subsumtion erforderlich ist⁴⁰¹.

³⁹⁵ Hänni, Hermeneutik, S. 83.

³⁹⁶ Art. 20 Abs. 1 OR; § 138 Abs. 1 BGB.

³⁹⁷ In der Schweiz wird immerhin der strafrechtliche Schutz auf Entschädigung neuerdings anerkannt: BGer 6B_572/2020 vom 8. Januar 2021. Ob Prostitutionsverträge weiterhin sittenwidrig sind, ist jedoch umstritten.

³⁹⁸ Hänni, Hermeneutik, S. 83.

³⁹⁹ Vgl. Gadamer, Wahrheit, 7. A., S. 289, 291. Auch nach Gadamer ist Verstehen zunächst «die Vollzugsform des menschlichen Soziallebens»; vgl. Gadamer, Replik, S. 283 ff., 289; Hänni, Hermeneutik, S. 83.

⁴⁰⁰ Depenheuer, Wortlaut, S. 40; Hänni, Hermeneutik, S. 83 f.

⁴⁰¹ Herbert, Sprachkritik, S. 290 ff.; Gadamer, Wahrheit, 7. A., S. 493; Hänni, Hermeneutik, S. 84.

Die Sprache eröffnet dem Rechtsanwender im Rahmen der Dogmatik einen gewissen Spielraum für die Interpretation einer Norm. Gleichzeitig wird diese Interpretation durch den Wortlaut der Norm wieder eingeschränkt: Denn nur diejenigen Rechtsfolgen, die aus dem Wortlaut ableitbar und vom Normsinn gedeckt sind, können als Interpretation der Bestimmung gelten⁴⁰².

Die Betrachtung der Gesetzesanwendung unter dem Blickwinkel auch wertender Kategorien ist somit als Normkonkretisierung innerhalb der Interpretationsmöglichkeiten des Normtextes zu verstehen⁴⁰³.

2.4 Wertungserfordernisse

In Kenntnis der Interpretationserfordernisse wird die Rechtsanwendung indessen nicht einfach auf sprachlich-gesellschaftliche Vorverständnisse verweisen, sondern muss sich – massgeblich – auf eine eigene kritische Beurteilungskompetenz der Rechtsanwender stützen, um den Inhalt einer Handlungsanweisung für den konkreten Fall entsprechend den verfassungsrechtlichen Vorgaben zu erschliessen⁴⁰⁴.

Denn ein Rechtstext spricht, indem er sich mit einem «Ansinnen» an das menschliche Empfindungs- und Verständnisvermögen wendet bzw. an den Adressaten eine Anforderung richtet, das in einem weiten Sinne mit Gerechtigkeit zu tun hat⁴⁰⁵. Auf eine kreativ-ethische Kompetenz, die an die Normen herangetragen wird, ist deshalb bereits vorab kurz hinzuweisen⁴⁰⁶.

Die ethische Relevanz juristischer Entscheidungen ergibt sich daraus, dass Entscheidungen typischerweise die Interessen von zumindest einer Person betreffen. Diese Betroffenheit kann sich für die Person direkt ergeben, aber auch dadurch, dass sich diese Person für die Interessen anderer oder für einen ideellen Zweck einsetzt⁴⁰⁷. Die ethische Relevanz ergibt sich aber auch aus dem Gegenstand der

⁴⁰² Vgl. Klatt, Wortlautgrenze, S. 343 ff.; Hänni, Hermeneutik, S. 84.

⁴⁰³ Zum Begriff der Normkonkretisierung Busse, Juristische Semantik, S. 228 ff.; Hänni, Hermeneutik, S. 88.

⁴⁰⁴ Hänni, Hermeneutik, S. 85. Vgl. zu den normativen Grundlagen sogl. unten, 3.3.1, und unten, Kap. 4 I.2.

⁴⁰⁵ Betti, Auslegungslehre, S. 3; vgl. dazu Hegel, Logik, S. 119 ff.; Hartmann, Sein, S. 144, 365; zum Begriff des Ansinnens: Hartmann, Sein, S. 394.

⁴⁰⁶ Hänni, Hermeneutik, S. 85.

⁴⁰⁷ Vgl. Alexy, Grundrechte, S. 26; Hänni, Hermeneutik, S. 85.

Beurteilung. Von den rechtsanwendenden Behörden muss zum Beispiel entschieden werden, ob die Enteignung eines Grundstücks gerechtfertigt⁴⁰⁸ oder ob eine Hausdurchsuchung verhältnismässig ist⁴⁰⁹, ob eine Asylbewerberin, deren Asylgesuch abgewiesen wurde, auszuschaffen ist⁴¹⁰. Juristischen Entscheidungen ist eine Richtigkeitsintention inhärent⁴¹¹.

Raum für die Richtigkeitsintention eröffnet sich dort, wo die Anwendung des Rechts Wertungen erfordert. Die Bezüglichkeit von Recht und Wertungserfordernissen ist bereits aus hermeneutischer Sicht unumgänglich. Sie kann anhand eines Beispiels nachvollzogen werden: Gemäss der Rechtsprechung zum Gleichheitsgebot nach Art. 8 der schweizerischen Bundesverfassung ist Gleiches nach Massgabe seiner Gleichheit gleich zu behandeln⁴¹². Ein abschliessendes Differenzierungskriterium für den konkreten Fall fehlt; entsprechend muss hier bei der Rechtsauslegung die Wertung erfolgen⁴¹³, ob ein sachlicher Grund vorliegt, der eine Ungleichbehandlung zwischen zwei Personengruppen – beispielsweise hinsichtlich der Höhe der Krankenkassenbeiträge⁴¹⁴ – rechtfertigen könnte⁴¹⁵.

In vielen Fällen existieren für solche Fragen keine völlig gleich gelagerten Präjudizien, und wenn Präjudizien vorliegen, ist zu entscheiden, in welcher Weise der neu zu beurteilende Fall wie eine bereits beurteilte Konstellation zu behandeln ist oder in welchen Gesichtspunkten er sich unterscheidet (*tertium comparationis*). An solchen (und zahlreichen weiteren) Ansatzpunkten der Wertung gewinnen Wertungsstellungnahmen als eröffnendes, mitbestimmendes Kriterium für die Erkenntnis ihre Bedeutung⁴¹⁶.

⁴⁰⁸ Z.B. BGE 131 II 728 zur materiellen Enteignung.

⁴⁰⁹ Z.B. BGE 130 I 360, S. 361 ff.

⁴¹⁰ Art. 25 BV; Art. 69 AuG bzw. Art. 69 AIG; vgl. BGE 133 II 1 ff.

⁴¹¹ Hänni, Hermeneutik, S. 85; Zippelius, Wesen des Rechts, S. 60.

⁴¹² Zum Beispiel BGE 105 V 280, S. 281; 117 Ia 257, S. 259; 123 II 9, S. 11.

⁴¹³ Vgl. Gächter, Rechtsmissbrauch, S. 380.

⁴¹⁴ EuGH, Rechtssache C-236/09, Urteil vom 1. März 2011 zur Berücksichtigung des Kriteriums Geschlecht als Faktor für die Bewertung von Versicherungsrisiken. Hinsichtlich Kfz-Versicherungen zahlen Frauen beispielsweise in der Regel weniger als Männer.

⁴¹⁵ Hänni, Hermeneutik, S. 85 f.

⁴¹⁶ Umschrieben wird dies oft als implizite (subtile) Vorwertung; Hänni, Hermeneutik, S. 86.

Die Annahme, durch das Aufdecken von Wertungserfordernissen im Recht werde nur gerade die Subjektivität oder gar Willkür der Entscheidungen zutage gelegt, greift dabei wesentlich zu kurz. Vielmehr lohnt es sich nach Sinn und Funktionsweisen und normativer Struktur genau jener Kategorien zu fragen, die durch die Rechtsanwendung zu erschliessen sind. Denn Wertungserfordernisse im Recht ersetzen und relativieren keineswegs die juristische Methodik, sondern erfordern deren präzisere Analyse und Darstellung⁴¹⁷.

Die Diskussion von Wertungserfordernissen ist daher auch keine normative Kategorie verstanden in dem Sinn, dass sie die Rechtsordnung verändern soll; vielmehr geht es um das Analysieren, das Verstehen und Nachvollziehen, wie sich bewertende juristische Erkenntnisakte entwickeln bzw. woran sie sich orientieren⁴¹⁸.

3. Entwicklung rechtlicher Massstäbe zur Ableitung

3.1 Definieren des Sinngehalts

In aller Regel muss im Rahmen der Rechtsprechung zuerst – ebenfalls noch in einer allgemeinen Form – bestimmt (definiert) werden, was für die zu beurteilende Fallkonstellation Sinngehalt der Norm ist, damit aus ihr Rechtsfolgen abgeleitet werden können. Dies kann sich aus allgemein gehaltenen Gesetzesbestimmungen ergeben; aber auch bei präzisiertem Wortlaut ergibt sich – wie oben dargelegt – die Wertungsbedürftigkeit für die Anwendung auf den Einzelfall bereits aus der Sprache. Etwa beim Schutz des Familienlebens muss bestimmt werden, was unter den Begriff der Familie im Sinne von Art. 13 BV fällt, z.B. die Frage, ob soziale, tatsächlich gelebte oder bloss biologische Verwandtschaftsverhältnisse davon erfasst sind. Wenn beispielsweise die Frage zu beurteilen ist, ob das Verbot des Tragens von religiösen Symbolen durch Schülerinnen und Schüler verhältnismässig ist, muss zuerst bestimmt werden, was unter dem Aspekt von Art. 15 BV verhältnismässig ist bzw. was zulässige Rechtfertigungsgründe für einen Eingriff sein können.

Auch der Gesichtspunkt der Hermeneutik und ihre Beispiele machen deutlich, dass die Rechtsanwendung – wie dies für Wissenschaften üblich ist⁴¹⁹ – nicht ohne die

⁴¹⁷ Hänni, Hermeneutik, S. 88.

⁴¹⁸ Hänni, Hermeneutik, S. 88.

⁴¹⁹ Vgl. Husserl, Logik, S. 14 ff.; Klug, Logik, S. 5.

Setzung von interpretativen Prämissen auskommt. Wie bei jedem Wahrnehmungsakt wird auch bei jedem Rechtserkenntnisakt notwendigerweise etwas (Neues) hinzukommen, was vorher nicht existierte; ein schöpferisches Element ist unumgänglich. Insofern spielen bereits an dieser Stelle die Eigenständigkeit des Rechts und die gerichtliche Unabhängigkeit in die Auslegung hinein: Sofern keine näheren Definitionen durch die Gesetzgebung vorliegen, muss die Begriffsentwicklung zur Normkonkretisierung – unter den Anforderungen namentlich von Art. 8 und 30 BV – durch das Gericht selbst gesetzt werden. Es ergibt sich auch aus der modernen Sprachphilosophie heraus die Notwendigkeit des sog. *axiomatischen Vorgehens* in der Rechtsanwendung⁴²⁰. Wie jede Wissenschaft muss sich das Recht Prämissen setzen; die Gerichte entwickeln Anwendungsprämissen für die Norm.

Formale Logik und hermeneutische Erkenntnis funktionieren demnach zusammen. Angewendet auf die Rechtsfindung ist die axiomatische Methode Folge der in der Regel fehlenden direkten Ableitbarkeit der Norm für einen konkreten Lebenssachverhalt.

3.2 Entwickeln von Anwendungsprämissen

In der Rechtsanwendung werden die Prämissen zur Norm unter Bezugnahme auf Anwendungskonstellationen entwickelt⁴²¹ und über die Erfahrungsanwendung weiter ausdifferenziert. Im Vordergrund stehen bei der Rechtsanwendung dabei *analytische Definitionen*. Die analytische Definition gibt an, was ein (Verfassungs- oder Gesetzes-)Begriff bedeutet⁴²². Im Rahmen dieser Definitionen wird in der Rechtsfindung diskutiert, ob sie den Normsinn adäquater oder weniger adäquat zum Ausdruck bringen. Bei analytischen Definitionen wird in diesem Sinne um ihre Richtigkeit oder Falschheit gestritten⁴²³.

Die Rechtsanwender machen das Gesetz durch Anwendungsprämissen operabel. Erst vor dem Hintergrund der Anwendungsprämissen lässt sich festlegen, ob die konkrete Konstellation unter die gesetzliche Norm fällt. Unter rein logischen Gesichtspunkten kann eine Prämisse (beliebig) als wahr definiert werden. Überträgt

⁴²⁰ Wie dies bereits unter dem Gesichtspunkt der juristischen Logik entwickelt wurde; vgl. explizit Klug, Logik, S. 15.

⁴²¹ Die stillschweigende Voraussetzung stellt eine Ausnahme dar; vgl. auch Klug, Logik, S. 95.

⁴²² Vgl. oben, Kap. 2 III 1 1.2.

⁴²³ Klug, Logik, S. 107.

man die Prämissensetzung in die Realwissenschaft, reicht dies aber nicht aus. Die inhaltlichen axiomatischen Festlegungen stehen gerade im Bereich des Rechts nicht für eine definitonische Beliebigkeit.

Bei der Festlegung eines Gerichts hat die Frage nach der Richtigkeit der Anwendungsprämisse für die einschlägige(n) Norm(en) offensichtlich einen bedeutsamen Sinn: Die Prämisse wird bestimmend für die Fragen, welche Fallkonstellationen unter den Wirkungsbereich der Norm fallen oder auch wie diese Fälle zu beurteilen sind. Der Rechtsanwender ist an den Normsinn gebunden; er ist verpflichtet, diesen zu verwirklichen. Anwendungsprämissen sollen den Normsinn in adäquater (oder besser: optimaler) Form über die Fallvarianz zur Geltung bringen.

Diese Erfordernisse ergeben sich namentlich aus verfassungsrechtlichen Vorgaben, welche die Entscheidungsfindung – wie später noch im Detail erläutert wird – massgeblich strukturieren.

3.3 Ausfüllen des normativen Gestaltungsspielraums

Analytische Anwendungsprämissen, die die Gerichte entwickeln, müssen stabile Folgerungsbeziehungen zum anwendbaren Recht aufweisen. Diese zeichnen sich dadurch aus, dass sie auf Normen (durch logische Schritte oder evident) zurückbezogen werden können. Dies ist Ausdruck des Verfassungsgrundsatzes der Rechtsbindung von Art. 5 BV. Die Rechtsbindung impliziert einen *normativen Gestaltungsspielraum*, den die Rechtsprechung ausfüllen kann und muss⁴²⁴.

Der normative Gestaltungsspielraum, der im Rahmen der Gesetzesbindung auszufüllen ist, lässt sich insbesondere unter dem *zweistufigen Vorgang* der Rechtsfindung der Gerichte analysieren: dies einerseits unter dem Aspekt der Entwicklung rechtlicher Massstäbe (Prüfungsmassstabkonstruktion) und andererseits unter dem Aspekt der Anwendung der Massstäbe auf den Einzelfall. In aller Regel wird der zweistufige Vorgang der Rechtsanwendung in den Urteilen deutlich⁴²⁵; es wird die Entwicklung *abstrakter rechtlicher Massstäbe* auf der einen Seite und deren *Anwendung* auf den konkreten Fall auf der anderen Seite aufgelistet.

Die *Entwicklung abstrakter rechtlicher Massstäbe* ist zunächst nichts anderes als das Definieren von Anwendungsprämissen für die einschlägigen Normen. Solche Erkenntnisschritte erfolgen in der Form von Hypothesen, d.h., es werden v.a.

⁴²⁴ Vgl. Payandeh, Rechtserzeugung, S. 36.

⁴²⁵ Vgl. Payandeh, Rechtserzeugung, S. 457.

bei der Erstauslegung hypothesenartig spezifische Anwendungsregeln gesetzt (sog. Abduktion⁴²⁶). Die Entwicklung abstrakter Anwendungsmassstäbe kann aber auch mittels Reduktionen erfolgen, d.h., von zahlreichem Fallmaterial wird auf die Anwendungsmassstäbe der Norm geschlossen (resp. eine Abduktion präzisiert). Die Entwicklung oder Heranziehung abstrakter rechtlicher Anwendungsmassstäbe kann sodann auch in Formen von analogischen Erkenntnisschritten (indirekte und direkte Analogie zu bereits entwickelten Anwendungsprämissen) erfolgen. In der logischen Terminologie spricht man also von *Abduktionen, Reduktionen und Analogien*⁴²⁷, wobei sich die Erkenntnisschritte wiederholen und überlagern.

Wesentlich ist dabei, dass es sich bei diesen Erkenntnisschritten um *Abstraktionen zur Norm* handelt: Gerichte stellen so abstrakte Rechtssätze auf und trennen diese deutlich vom Subsumtionsteil der Entscheidungsbegründung⁴²⁸. Im Rahmen einer Gesetzesauslegung oder der Verhältnismässigkeitsprüfung eines Grundrechts werden entsprechend anhand der Fallerfahrung analog und/oder reduktiv (abstrakte) Kriterien zur Normwirkung vom Gericht entwickelt, anhand derer der konkrete Fall subsumiert wird.

Dabei sind die Gerichte bestrebt, die Prämissen über die variablen Fallkonstellationen möglichst gleich zu halten. Sie entwickeln abstrakte Anwendungsprämissen, die für die Subsumtion regelartig herangezogen werden können. Die gerichtlich entwickelten Kriterien erfahren für die Lösung des Einzelfalls und dessen Begründung besonderes Gewicht. Gleichermassen ist zu beachten, dass die Anwendungsprämissen unter dem Blickwinkel von (insbesondere) Art. 8 und 9 BV für weitere ähnlich gelagerte Fälle grosse Bedeutung haben⁴²⁹. Die Wirkungen der gerichtlich entwickelten Anwendungsmassstäbe reichen deutlich über den Einzelfall hinaus.

Die Rechtsfindung hat somit regelmässig zwei *Wirkungsweisen* zum Gegenstand. Einerseits die *konkrete Streitentscheidung*, welche die Entscheidungsmöglichkeiten begrenzt. Andererseits werden für die Anwendung rechtliche Massstäbe aus der Norm entwickelt, aus denen sich ausgehend vom Einzelfall generelle-abstrakte

⁴²⁶ Vgl. hiervor Kap. 2 III 2 2.2.

⁴²⁷ Die Logik hat dabei die Funktion des Parameters zur (grundsätzlichen) Sicherstellung der Rückbindung an die Normen; das argumentative Zurückführen auf das Recht wird in seiner Grundstruktur ersichtlich und wiederholbar.

⁴²⁸ Payandeh, *Rechtserzeugung*, S. 457, vgl. auch Volkmann, *Verfassungslehre*, S. 176.

⁴²⁹ Vgl. unten, Kap. 3 V 5 5.1.

Wirkungen entfalten, die in aller Regel auch nicht ausschliesslich auf die zu beurteilende Fallkonstellation Anwendung finden, sondern einen darüber hinausgehenden Beitrag zur Rechtsordnung beinhalten⁴³⁰. KÄHLER spricht von *abstrakt-generellen Entscheidungsregeln*⁴³¹.

So ist zwar festzustellen, dass sich die Legitimation einer gerichtlichen Entscheidung auf den Einzelfall bezieht; indessen beschränkt sich die *Wirkung* von Urteilen – nicht nur von Leitentscheiden – nicht auf die Erledigung des konkreten Streitfalls.

Entwickelt wird also – wie im Folgenden detailliert erläutert wird – eine Form von *Judikativem Recht*.

4. Analysegruppen

4.1 Formen der judikativen Abstraktion (Überblick)

Wie dargelegt, kommt keine Wissenschaft ohne Prämissensetzung aus. In der Rechtswissenschaft ist die Prämissensetzung insofern speziell, als ein Vorentschiedenes (Hyperprämisse)⁴³² bereits besteht: An die Vorentscheidung der Gesetzgebung ist die Rechtserkenntnis gebunden.

Mit dem Gebunden-Sein an das gesetzgeberisch Vorentschiedene ist indessen noch nichts über das Setzen von Prämissen in der Rechtsanwendung selbst gesagt. Ohne solche ist die Rechtsanwendung nicht möglich. Gerade im – hier nur indirekt heranziehbaren – amerikanischen Recht wird vermehrt auf diesen Umstand aufmerksam gemacht: «Whenever a court [...] explicates a new definition for a legal term, or interprets a legal phrase, or carves out an exception to an existing rule, *it creates a new rule*»⁴³³.

Im Folgenden werden verschiedene Eckpunkte des gerichtlichen Erkenntnisprozesses dargestellt, die Regeln hervorbringen und der Subsumtion vorangehen.

⁴³⁰ Vgl. Payandeh, Rechtserzeugung, S. 25.

⁴³¹ Kähler, Rechtsprechungsänderung, S. 41.

⁴³² Vgl. Gast, Rhetorik, Rz. 238 ff.; allgemein zum Justizsyllogismus Rhinow, Methodik, S. 1, 19.

⁴³³ Walker, Logic of Legal Reasoning, S. 1696. Hervorhebung durch die Autorin. Vgl. dazu im Detail unten, Kap. 3 V.

Dies alles kontrastiert zum Verständnis der Rechtsanwendung als Deduktion, die von der (Hyper-)Prämisse der Gesetze als unveränderlichen Axiomen ausgeht.

Dass die deduktive Logik die juristischen Erkenntnisschritte allein nicht erfassen kann, zeigt sich auch am Umstand, dass regelmässig *mehrere Normen und Normstufen* anwendbar sind. Für solche Fälle müssen die Gerichte Regeln für Anwendung und Gewichtung verschiedener anwendbarer Normen bzw. Normstufen entwickeln. Für die entsprechenden Erkenntnisschritte hat sich der Begriff der Subordination durchgesetzt. Die *Subordination* erfordert die Entwicklung von wertenden Prämissen, aus denen hervorgeht, welche der Normen in welcher Weise heranzuziehen sind. Auch dabei erscheint der Aspekt einer gerichtlichen Regelbildung elementar⁴³⁴. Die bereits für die Frage der anwendbaren Normen zu entwickelnden Prämissen reduzieren sich nicht auf Kollisionsregeln, sondern vermehrt auf Formen der spezifischen Gewichtung und (soweit möglich) letztlich Harmonisierung aller anwendbaren Regeln.

Für die Rechtsanwendung ist so die Erfahrung typisch, dass Gesetzesregeln nicht einfach angewendet werden können, sondern ihrerseits *Regeln für die Anwendung* erfordern. Gerade Höchstgerichte definieren in einem spezifischen Ausmass, *wie* Normen angewendet werden. Sie entwickeln Regeln zur Konkretisierung für die Einzelfallanwendung. Selbst Verordnungsrecht ist häufig zu konkretisieren⁴³⁵. Für die einschlägigen Normen werden entsprechend vor dem Hintergrund der konkret zu beurteilenden Fallkonstellation Anwendungsregeln (Anwendungsmassstäbe für die Norm) entwickelt.

Gerichte sind dabei selbstverständlich nicht einfach frei, wie sie ihre Anwendungsprämissen entwickeln. Die Anwendungsmassstäbe sind Gegenstand nicht nur der Rechtsbindung, sondern auch weiterer verfassungsrechtlicher Vorgaben.

⁴³⁴ Wie dies in der US-Literatur festgehalten wird: «When the facts of the case are such that by suitable elaboration of the existing law they are capable of being subsumed under more than one legal rule, the judge must choose between the competing rules. In doing so, the judge is elaborating the existing law by extending the application of one rule and restricting the application of another»; Boonin, *Logic*, S. 182.

⁴³⁵ Dies erfolgt regelmässig im Rahmen der Prüfung auf Vereinbarkeit mit den Delegationsgrundlagen von Verfassung und Gesetz.

4.2 Erstausslegung und Präjudizienbildung

Für die *Entwicklung der Anwendungsregeln* durch die Gerichte sind zunächst zwei spezifische Konstellationen analytisch zu trennen: einerseits die Situation, wenn zu einer anwendbaren Norm oder einer anwendbaren Normgruppe noch keine Urteile existieren (Erstausslegung), und andererseits die Situation mit existierenden Präjudizien zur einschlägigen Norm oder Normanwendungsgruppe.

Wie sich offenbaren wird, ist die Axiomatisierung bei der Erstanwendung strukturell leicht anders, als wenn bereits Präjudizien zur Wirkungsweise bestehen. Für die Erstausslegung haben die traditionellen *canones* (meist) eine graduelle Bedeutung. Die gerichtliche Entwicklung, was unter einer Bestimmung vor dem konkret zu beurteilenden Sachverhalt zu verstehen ist, bleibt allerdings nicht bei der Interpretation anhand der *canones* stehen, sondern wird durch verfeinernde Auslegungsschritte erreicht. Regelmässig werden mit Blick auf den Sinn der Norm (*Regelungsidee*) ausgehend, unter Berücksichtigung von Materialien und Literatur, abduktiv (hypothesenartig) Anwendungsregeln zur Norm entwickelt.

Die von den Gerichten zu entwickelnden Anwendungsmassstäbe bilden, wie ebenfalls noch detaillierter erläutert wird, ihrerseits die Grundlage des *Präjudizienrechts*. Sie sind – von Verfassung wegen – die *Auslegungsbasis* für weitere Fälle. Die Anwendungsmassstäbe markieren insofern den Ausgang der vom Gericht zu entwickelnden Erkenntniselemente, die methodisch dem *Case Law* zuzuordnen sind. Rasch wird also ersichtlich, dass die Heranziehung von bereits entschiedenen Konstellationen auch für die Entwicklung von neuen Anwendungsprämissen für neue Sachverhaltskonstellationen ein massgebliches Gewicht erhält. Dies ist selbst dann der Fall, wenn keine Präjudizien zur genau gleichen Konstellation vorliegen. Es wird nach ähnlichen Konstellationen gesucht, etwa unter dem alten Recht. Bereits bei einer Erstausslegung einer Norm werden damit nach Möglichkeit bereits beurteilte Fallkonstellationen im Kontext mitberücksichtigt.

Die vom Gericht zu entwickelnden Prämissen der Konkretisierung erscheinen zunächst als *Hypothesen* (Annahmen), die sich in der Rechtsprechung bewähren müssen. Der (logische) Begriff darf dabei nicht irreführen: Für den zu beurteilenden Fall muss ein Gericht entsprechende regelartige Hypothesen zur Normanwendung entwickeln. Als Anwendungserkenntnis gelten sie, auch wenn sie erstmals so formuliert wurden und sich anhand von weiteren strittigen Fallkonstellationen

bewähren müssen. Sie können zudem – unter der Strukturwirkung des Verfassungsrechts – nur unter qualifizierten Voraussetzungen geändert werden⁴³⁶.

Regelbildung und analogische Erkenntnisschritte erweisen sich dabei als eng verbunden. Für BREWER ist die Hypothesenbildung (Abduktion) im Rahmen der Erstausslegung denn auch der erste Schritt im analogen Denken. Er hält fest: «First, there is abduction in the context of doubt about the extension of some predicate or the meaning of some text; probably the most typical «contexts of doubt» in legal arguments are instances in which a legal concept or term is actively vague – that is, instances in which a judge [...] is undecided about whether to apply the concept to a given object or event. Having found or been confronted with several examples, the reasoner (say, a judge) seeks to «discover» a rule-like sorting of these examples[.]»⁴³⁷

Die Erstanwendung erfolgt auf der Basis der Sachverhaltsfeststellung und einer Hypothesenbildung zur Konkretisierung der einschlägigen Norm. Sobald jedoch bereits entschiedene Fallkonstellationen zur anwendbaren Norm oder Normgruppe existieren, spielen weitere Erkenntnisschritte eine wichtige Rolle für die Rechtsgewinnung, und zwar in der Form, dass Regeln für die Anwendung der Norm reduktiv aus den Präjudizien entwickelt werden oder dass Anwendungsmassstäbe durch vergleichende Schlüsse (Analogie) herangezogen werden⁴³⁸. All diese Erkenntnisschritte gehen der Subsumtion vor.

In der Folge sollen die gerichtlichen Erkenntnisschritte, die der Subsumtion vorgehen, entworfen und anhand von Beispielen dargelegt werden. Die Inhalte sind auf rekonstruierbare Grundprinzipien zurückzuführen, die – so wird sich noch herausstellen – eine insbesondere verfassungsrechtliche Strukturierung aufweisen. Vorab ist es jedoch bedeutsam, auf die Richtigkeitsintention sämtlicher solcher Erkenntnisschritte hinzuweisen.

⁴³⁶ Vgl. hierzu die Ausführungen zu den Vorgaben von Art. 8 BV; unten, Kap. 3 IV 3.

⁴³⁷ Brewer, Exemplary Reasoning, S. 962.

⁴³⁸ Reduktive Erkenntnisschritte werden bisweilen als analogisch im weiteren Sinne verstanden, weil sie oft durch diese gestärkt werden; bisweilen werden die beiden Schlussformen auch unterschieden; vgl. dazu Fn. 558. Für die Heranziehung im Rahmen der Rechtsanwendung hat die weitere logische Differenzierung (zu) wenig eigenständige Aussagekraft, weil sich die Prozesse im Erkenntnisvorgang überschneiden; vgl. auch Kap. 2 III 2 2.3 b.

5. Richtigkeitsintention

In der Rechtswissenschaft ist die Ermittlung, wie ein Fall zu entscheiden sei, auf Kriterien des (möglichst) Richtigen gerichtet. Es kommt darauf an, welche äusserlich erkennbare Absicht die Verfasser des Gesetzes mit dieser oder jener Formulierung verbanden; ob die Vorinstanz eine Norm zu Recht zur Anwendung gebracht hat; ob sich der Sachverhalt, auf den das Recht angewendet werden soll, so zugetragen hat, wie dies der Beschwerdeführer behauptet etc.⁴³⁹

Das alles erscheint selbstverständlich. Genauso selbstverständlich ist auch, dass die Gerichte, welche mit der Intention der Richtigkeit entscheiden sollen, immer wieder vor einer sehr schweren Aufgabe stehen. In der Logik wird die Richtigkeit – oder in der dort korrekten Begrifflichkeit: Wahrheit – explizit definiert. Mit entsprechenden Wahrheitskriterien ist den Richterinnen und Richtern nicht geholfen. Wesentlich interessanter ist in der Rechtsanwendung also das Zutreffen der Bedingungen selbst bzw. der Prämissen, der Voraussetzungen, zur Interpretation des Normsinns. Auf die Vereinbarung, es gelte X als wahr, falls P der Täter sei, kommt es nicht an. Richterinnen und Richter möchten wissen, ob der Angeklagte wirklich der Täter ist⁴⁴⁰.

Dass dieses Ziel der Richtigkeit nicht einfach zu fassen ist, zeigt sich bereits bei der Prämisse, dass ein Sachverhalt dann richtig ist, wenn sich die Wirklichkeit so verhält, wie dieser sie beschreibt⁴⁴¹. Die Wirklichkeit von Lebenssachverhalten ist in den meisten Fällen interpretationsbedürftig. Ein Interpretationsbedürfnis ergibt sich umso mehr, wenn es um eine Norm oder eine Gruppe von Normen vor dem Hintergrund eines konkreten Lebenssachverhalts geht.

Insofern zeigt sich, dass sich (in logischen Begriffen:) die Wahrheit⁴⁴² oder (in rechtswissenschaftlichen Begriffen:) die «Richtigkeit» weder formell noch materiell abschliessend definieren lassen. Das scholastische Ziel der *«adaequatio rei»* vermag das Gericht nicht zu bestimmen⁴⁴³. Dass bei Normerkenntnis die «Über-

⁴³⁹ Rödiger, Erkenntnisverfahren, S. 151 ff.

⁴⁴⁰ Rödiger, Erkenntnisverfahren, S. 152, 154; vgl. auch Rödiger, Kritik, S. 87 f.

⁴⁴¹ Vgl. Rödiger, Erkenntnisverfahren, S. 154.

⁴⁴² Rödiger, Erkenntnisverfahren, S. 155.

⁴⁴³ D.h. die Frage, ob urteilender Verstand und Gegenstand übereinstimmen. Auch für KANT ist Wahrheit die Übereinstimmung des Denkens mit dem Gegenstand; vgl. Eisler, Kant, S. 590.

einstimmung des Denkens mit dem Gegenstand»⁴⁴⁴ nicht bewiesen werden kann, impliziert indessen nicht, dass eine Entscheidung nicht richtig sein könnte, und ist schon gar kein Hinderungsgrund, dem Rechtsanwendungsprozess eine Richtigkeitsintention zu Grunde zu legen. Gerade in der Rechtsanwendung erfolgt aus der Unmöglichkeit der Definition der Wahrheit oder der Richtigkeit nicht, es sei inadäquat oder doch sinnlos, einen Satz für wahr bzw. eine Interpretation für richtig zu halten⁴⁴⁵.

Wenn wir auch (meistens) ausserstande sind, die Richtigkeit eines Satzes im Urteil zu beweisen, so ist das Gericht gestützt auf seine Zuständigkeit dennoch verpflichtet, den Inhalt dieses Satzes vor dem Hintergrund der anwendbaren Normen und des konkret zu beurteilenden Sachverhalts im Rahmen der Dogmatik und nach bestem juristischem Gewissen zu entwickeln. Die Darlegung der Normerkenntnis kann mithin keine allgemeingültige, fortwährende Richtigkeit für sich beanspruchen, sie ist aber im Rahmen der Normerkenntnis das zum Zeitpunkt des Urteils Adäquateste, was der Spruchkörper für den Einzelfall als Normentfaltung erkennen kann.

Der Begriff der Richtigkeit ist also in den Zusammenhang mit Prämissen zu bringen. Wie sich herausstellen wird, beinhalten die durch die Gerichte entwickelten Prämissen zur Anwendung der Norm denn auch eine Richtigkeitsintention, die sich auf verfassungsrechtliche Strukturen zurückführen lässt.

Welche Schritte unternehmen die Gerichte hierfür und wie stellen sie diese materiale Folgerichtigkeit im Rahmen der Rechtsbindung sicher? Die wichtigsten Schritte sollen im Folgenden dargestellt werden.

II. Sachverhalt – Prämissen der äusseren Wirklichkeit

1. Sachverhaltsbindung als erstes Axiom der Rechtsfindung

Grundlage für die Beurteilung eines Falles ist zunächst die sich zugetragene Wirklichkeit. Diese beinhaltet eine Besonderheit: Sie wird auf der Stufe der Höchstge-

⁴⁴⁴ Eisler, Kant, S. 590 (zum Begriff der Wahrheit).

⁴⁴⁵ Vgl. auch Rödiger, Erkenntnisverfahren, S. 155.

richte prozessual fixiert. Die Sachverhaltsbindung⁴⁴⁶ ist das erste Axiom der Rechtsfindung der höchsten Gerichte. Ein grundlegendes Axiom für die gerichtlichen Erkenntnisschritte bildet demnach die Prämisse des *Sachverhalts* in der Form, wie er von der letzten kantonalen Instanz mit freier Kognition festgehalten wurde⁴⁴⁷.

Das Bundesgericht führt (fast ausschliesslich) eine Rechtskontrolle durch. Von der relevanten äusseren Wirklichkeit, wie sie im vorinstanzlichen Urteil festgestellt wird, weicht es nur ab, soweit diese unvollständig oder offensichtlich unrichtig ist. Die «offensichtliche Unrichtigkeit» wird von der Praxis mit Willkür gleichgesetzt⁴⁴⁸.

Selbst im Rahmen dieser Prämissensetzung, die die Höchstgerichte auf die Prüfung der *Rechtsfragen* beschränkt, wird die sachverhaltliche Richtigkeitsintention nicht aufgegeben. Der vorinstanzlich festgestellte Sachverhalt darf weder unvollständig noch offensichtlich falsch sein oder unter Verletzung prozessualer Bestimmungen ermittelt worden sein⁴⁴⁹.

2. Situativität als Element der Normerkenntnis

Der festgestellte Sachverhalt bestimmt dabei die Normauslegung mit: Seine spezifische Situation, in welche die Entscheidung hineinfallen wird, prägt die von den Gerichten im Rahmen der Gesetzesinterpretation gefundenen Anwendungsmassstäbe.

Die oft zitierte Formulierung vom Hin- und Herwandern des Blickes, der nach ENGISCH zwischen Gesetz und Lebenssachverhalt zu vermitteln sucht⁴⁵⁰, bietet ein anschauliches Bild für den Beginn des Entscheidungsprozesses: Der Lebenssachverhalt erhält seine juristische Bedeutung im Licht der Norm⁴⁵¹.

⁴⁴⁶ Art. 97 und Art. 105 BGG.

⁴⁴⁷ Art. 105 Abs. 1 BGG.

⁴⁴⁸ BGE 139 II 404 E. 10.1 S. 445; 133 II 249 E. 1.4.3 S. 255. Zur Kritik zur Gleichsetzung mit dem Willkürbegriff in den neueren Entscheiden vgl. BSK-BGG 2018, Dorman, N. 66 ad Art. 105.

⁴⁴⁹ Art. 105 Abs. 2 BGG.

⁴⁵⁰ Engisch, Studien, S. 14 f.

⁴⁵¹ Vgl. Lembcke, Praxis, S. 73.

Umgekehrt entfaltet die Norm durch die gerichtlichen Erkenntnisschritte ihren Sinngehalt jedoch auch mit dem *Fall*⁴⁵²: Die Anwendungsweise der Norm durch die Gerichte speist sich aus der konkreten Einzelfallbetrachtung und wird gleichwohl für weitere Fälle relevant. Aus der Erfahrungsanwendung heraus werden die Prämissen für die Anwendung der Normen entwickelt.

Festzustellen ist demnach, dass Situativität in die Normerkenntnis einfließt. Erst im Einzelfall wird ersichtlich, was die Norm (auch noch) umfasst, und in Betrachtung des Einzelfalls konkretisiert sich ihr Sinn.

Der Sachverhalt ist also nicht nur Grundlage, sondern auch prägendes Element der weiteren juristischen Erkenntnisschritte, da die Einzelfallsituation die Rechtserkenntnis konturiert.

Situativität ist Konfrontation des Rechts mit der Wirklichkeit und Ausgangspunkt für die Regelbildung im Rahmen der Anwendung, die im Folgenden weiter zu umschreiben ist.

III. Subordination – Wege der Zuordnung zur Norm

1. Allgemein

Ist der vorauszusetzende Sachverhalt bestimmt, so stellt sich im Prozess des Normerkenntnisverfahrens die Frage, unter welche Norm(en) ein konkreter Sachverhalt subsumiert werden kann⁴⁵³. Die Rechtsfindung befasst sich mit der Frage, welche Normen überhaupt anwendbar sind – das ist mitunter nicht so einfach⁴⁵⁴, und entsprechende Erkenntnisschritte erlangen für die Falllösung erhebliche Bedeutung.

Erkenntnisschritte mit dem Ziel, die anwendbaren Normen zu bestimmen, beinhalten die Frage, ob ein Sachverhalt unter die betreffende Norm fällt. Sie sind in-

⁴⁵² Lembcke, Praxis, S. 73 f.

⁴⁵³ Kurz festzuhalten ist dabei, dass die Subordination dabei durch den Instanzenzug in keiner Weise festgelegt ist. Das Bundesgericht ist weder an die in der Beschwerde geltend gemachten Argumente noch an die Erwägungen der Vorinstanz gebunden (Art. 106 Abs. 1 BGG) und prüft die anwendbaren Normen frei.

⁴⁵⁴ Vgl. für das deutsche Bundesverfassungsgericht Lembcke, Hüter der Verfassung, S. 261 mit Verweisen auf Interviews.

sofern vergleichbar mit der Frage, welche (lebensweltlichen) Bedeutungsinhalte die Norm umfassen kann.

Es liegt nahe, für diesen Erkenntnisschritt einen von der Subsumtion unterschiedlichen Begriff zu verwenden. In der Logik wird oftmals der Begriff der *Subordination* herangezogen. So spricht HUSSERL von «*Subordination* [...], wo es sich um die Umfungsverhältnisse der Begriffe, und von Subsumtion aber, wo es sich um das Enthaltensein von Gegenständen unter Begriffen handelt»⁴⁵⁵.

Was die Prüfung des Tatbestands von Normen am konkreten Sachverhalt betrifft, nimmt bereits ENGISCH diese von HUSSERL eingeführte relevante Unterscheidung auf (ohne sie allerdings selbst genauer zu untersuchen⁴⁵⁶): «Auf die eine oder andere Weise werden [...] speziellere Fallgruppen dem gesetzlichen Tatbestand untergeordnet. Diese Unterordnung wollen wir zwecks Unterscheidung von der Subsumtion eines konkreten Einzelfalles unter das Gesetz als «Subordination» bezeichnen»⁴⁵⁷. Wesentlich für den Begriff der Subordination ist dabei, dass der «Einzelfall» (in der Sprache Engischs) ein (begrifflicher) *Lebenssachverhalt* ist, der den dogmatisch bestimmten Begriffen der Rechtssprache zugeordnet wird.

Der Subsumtion *voraus* gehen demnach Erkenntnisschritte zur Frage, welche Sachverhalte unter welche Normen fallen können bzw. welche Normen für die Fallbeurteilung heranzuziehen sind. Unter die Subordination fallen sämtliche Erkenntnisschritte, welche die einschlägigen Normen auswählen. Unter Subordination versteht man die Unterordnung eines Lebenssachverhalts unter eine (oder mehrere) Norm(en)⁴⁵⁸. Oftmals sind verschiedene Normgruppen auf hierarchisch verschiedenen Ebenen gleichzeitig heranzuziehen.

Erkenntnisschritte der Subordination erweisen sich immer wieder als fundamental für den Ausgang des Verfahrens. Dies etwa im Zusammenhang mit der Frage zur Wirkung von Grundrechten unter Privaten (Art. 35 Abs. 3 BV⁴⁵⁹) ist die Frage des Umfangs der Normwirkung (bzw. der Unterordnung eines bestimmten Sachver-

⁴⁵⁵ Husserl, Logik, S. 129.

⁴⁵⁶ Dazu eingehend Rödiger, Erkenntnisverfahren, S. 167; Gröschner, Technik, S. 35 f.

⁴⁵⁷ Engisch, Studien, S. 17; Rödiger, Erkenntnisverfahren, S. 165.

⁴⁵⁸ Vgl. Strauch, Methodenlehre, S. 534; vgl. auch Gröschner, Technik, S. 74.

⁴⁵⁹ Oben, Kap. 2 II 5 5.1.

halts unter die Normwirkung) massgeblich: Inwieweit ist das konkrete Rechtsverhältnis von der Schutzwirkung der Grundrechte tatsächlich erfasst?⁴⁶⁰

Der Begriff der Subordination dient auf diese Weise einer ersten Klärung und Differenzierung der verschiedenen Erkenntnisschritte. Die Zuordnung eines Lebenssachverhaltes zu einer Norm ist gerade mit Blick auf die Entwicklung des Judikativen Rechts schärfer von der Subsumtion zu differenzieren, als dies oft geschieht⁴⁶¹.

2. Unterordnung von Alltagsbegriffen unter die Rechtsbegriffe: Methodische Relevanz

Gegenstand der Subordination ist die «Streitsache»⁴⁶². Im Rahmen der Rechtsfindung besteht eine wichtige Aufgabe der Gerichte darin, die Unterordnung des Falles unter die Rechtsnorm zu *begründen*⁴⁶³.

Dabei sind die Regelung der Subordination und die Begriffe der juristischen Dogmatik anders geartet als die axiomatische Festlegung von Prämissen der Mathematik oder der Bestimmung ontologischer Substanz in der Metaphysik⁴⁶⁴. Begrifflich gefasste Handlungen des Lebenssachverhaltes müssen – da dies später für die Subsumtion unerlässlich ist – in Beziehung zum Rechtsbegriff gebracht werden. Mit anderen Worten: Die zunächst alltagssprachlichen Ereignisse werden erst durch die Subordination in konkreten Begriffen der Rechtsdogmatik interpretiert.

Im Rahmen der Subordination stellt sich also die Frage der Einschlägigkeit der Normen in Form der Unterordnung von Alltagsbegriffen unter Rechtsbegriffe⁴⁶⁵. Die *Subordination* legt in der Rechtsanwendung die Regeln fest, nach denen Gegenstände unter den definierten Begriff subsumiert werden dürfen⁴⁶⁶.

Die später erfolgende *Subsumtion* ist dann ein Syllogismus im aristotelischen Sinne (Syllogismus *modus barbara*). Dabei stehen Subordination und Subsumtion

⁴⁶⁰ Vgl. mit Verweis auf die Konzeption KARL ENGISCHS J. P. Müller, Freiheit, S. 58.

⁴⁶¹ Vgl. Rödiger, Erkenntnisverfahren, S. 165 f.

⁴⁶² Vgl. Gröschner, Logik, S. 448.

⁴⁶³ Vgl. van Zantwijk, Tradition, S. 26.

⁴⁶⁴ Vgl. Gröschner, Technik, S. 34 f.

⁴⁶⁵ Gröschner, Technik, S. 75.

⁴⁶⁶ Van Zantwijk, Tradition, S. 35 f.

in einer Folgerungsbeziehung: Die Subsumtion erfordert eine korrekte Subordination: Im Rahmen dieser Justizsyllogismen werden gültige Subordinationsverhältnisse vorausgesetzt⁴⁶⁷.

In der Rechtsfindung und juristischen Methodik besteht die Aufgabe zunächst darin, die Unterordnung des Lebenssachverhalts unter die Rechtsnorm zu begründen; es geht um das Heranziehen des passenden Normsatzes für den zur Beurteilung gelangenden Fall. Logisch gesprochen ist also nachzuweisen, dass ein gültiges *Subordinationsverhältnis* vorliegt⁴⁶⁸. Der Lebenssachverhalt kann erst dann unter die Bedingungen des Normsatzes subsumiert werden⁴⁶⁹. Die Subsumtion hängt von der Subordination ab⁴⁷⁰.

Die Unterscheidung hat *methodologische Relevanz*. Ohne die Vermittlungsleistungen der Rechtsanwender, die das «Besondere» (Lebenssachverhalt) zum anwendbaren Normsatz als «Allgemeinem» bringt, ist die Subsumtion ausgeschlossen. Wird die Unterordnung eines begrifflich festgehaltenen Lebenssachverhalts mit der Subsumtion gleichgesetzt, so werden wesentliche Erkenntnisschritte im Rahmen der Rechtsfindung nicht ausgewiesen⁴⁷¹.

Die Subordination als Unterordnung von Alltagsbegriffen unter Rechtsbegriffe ist dabei ein *wahrheitserweiternder Erkenntnisschritt*. Durch die Bejahung oder Verneinung der Frage der Anwendbarkeit werden neue Anwendungsmassstäbe entwickelt, Verbindungen geschlagen sowie Gewichtungen gegenüber anderen Normen oder Analogien zu früheren Fällen gebildet⁴⁷².

Eine erste Folge dieser im Rahmen der Rechtsfindung erforderlichen wahrheitserweiternden Schritte ist als elementarer prozessualer Gerechtigkeitsgrundsatz das Recht der Parteien, die vorinstanzlichen Subordinationen zu bestreiten⁴⁷³.

⁴⁶⁷ Gröschner, Technik, S. 33.

⁴⁶⁸ Van Zantwijk, Tradition, S. 26.

⁴⁶⁹ Gabriel, Urteilkraft, S. 14.

⁴⁷⁰ Van Zantwijk, Tradition, S. 36. Vgl. dazu Frege, Begriff und Gegenstand, S. 192 ff.; vgl. dazu auch Frege, Funktion, S. 48 f. Eingehende Diskussion bei Gröschner, Dialogik, S. 377 ff.

⁴⁷¹ Vgl. Gröschner, Technik, S. 70.

⁴⁷² Gabriel, Urteilkraft, S. 5, 18.

⁴⁷³ Art. 29 Abs. 2 BV; vgl. Gröschner, Dialogik, S. 304; Gröschner, Technik, S. 75.

Aus der Differenzierung folgt auch, dass die Schlüsse der Subordination – sofern sie nicht evident sind – aus Gründen der Transparenz der Rechtsfindung im Urteil spezifisch darzulegen sind⁴⁷⁴.

3. Unterordnung unter mehrere Normen

Im Bereich des Öffentlichen Rechts kommen in der Mehrzahl der Fälle nicht einzelne Normen, sondern *verschiedene Normebenen zur Anwendung*. Bei der Beurteilung eines Sachverhalts müssen zugleich Vorschriften unterschiedlichster Provenienz und Normstufen herangezogen werden⁴⁷⁵. Dieselben Rechte oder ein und derselbe Anspruch lassen sich oftmals verschieden oder kumulativ begründen⁴⁷⁶.

Dies kann beispielsweise bei der Frage der Erteilung einer Detailhandelsbewilligung zur Abgabe von Arzneimitteln nachvollzogen werden. Einschlägig ist die Überprüfung des Bewilligungsanspruchs nach kantonalem Recht; massgeblich sind zudem die Vorgaben des Bundesrechts (Art. 30 HMG⁴⁷⁷; Erfordernis der Bewilligung). Bei Bewilligungen für den Grosshandel (Art. 28 f. HMG) sind zudem die internationalen Regeln der Guten Vertriebspraxis u.a. gemäss den Leitlinien der Europäischen Kommission vom 5. November 2013⁴⁷⁸ gleichzeitig anwendbar. Auch bei der Vergabe eines grösseren städtischen Bauauftrags kann es geschehen, dass die zuständige Stelle nicht nur die einschlägigen kommunalen Vorschriften berücksichtigen und auslegen muss, sondern auch kantonale Vergabevorschriften, das einschlägige interkantonale Konkordat, das Bundesgesetz über den Binnenmarkt, die Bundesverfassung, das Beschaffungsübereinkommen mit der EG⁴⁷⁹ (heute: EU) und das entsprechende Übereinkommen der WTO⁴⁸⁰.

⁴⁷⁴ Art. 29 Abs. 2 und Art. 5 Abs. 1 BV.

⁴⁷⁵ Biaggini, Symposium, S. 28.

⁴⁷⁶ Vgl. Rödiger, Erkenntnisverfahren, S. 169.

⁴⁷⁷ SR 812.21.

⁴⁷⁸ ABl. EU C 343 vom 23.11.2013, S. 1 ff.; Art. 15 und Anhang IV der Verordnung über die Bewilligungen im Arzneimittelbereich (Arzneimittel-Bewilligungsverordnung; AMBV; SR 812.212.1).

⁴⁷⁹ Abkommen zwischen der Schweizerischen Eidgenossenschaft und der Europäischen Gemeinschaft über bestimmte Aspekte des öffentlichen Beschaffungswesens vom 21. Juni 1999; SR 0.172.052.68.

⁴⁸⁰ Beispiel aus Biaggini, Symposium, S. 28.

Soweit alle Normen auf das gleiche Resultat hinweisen, ist die Feinabstimmung des Gerichts erforderlich zur Relevanz der jeweils einschlägigen Normen für die Beurteilung des Lebenssachverhalts. Im Rahmen von Subordinationsschritten muss entsprechend eine Gewichtung erfolgen, in welcher Weise die unterschiedlichen anwendbaren Normen zur Anwendung gelangen sollen.

Soweit sich – was vergleichsweise selten der Fall ist – einschlägige Normen *widersprechen*, wird der Konflikt für eine Reihe von Normen durch Verfassung⁴⁸¹ oder Gesetz geregelt oder über spezifische Vorschriften in Spezialgesetzen⁴⁸² oder durch die völkerrechtskonforme Auslegung von Landesrecht⁴⁸³.

Die Kollisionsregeln sind regelmässig durch die Gerichtspraxis entwickelt worden; sie stellen mithin Judikatives Recht zum Umfang der Normwirkung dar. So wird etwa bei einer – auch durch die völkerrechtskonforme Auslegung des Landesrechts nicht vermeidbaren – Kollision von völkerrechtlichen Bestimmungen mit dem nationalen Recht ein grundsätzlicher Vorrang des Völkerrechts angenommen⁴⁸⁴: Da sich die Schweiz insbesondere nicht auf ihr innerstaatliches Recht berufen kann, um die Nichterfüllung eines Vertrags zu rechtfertigen (Art. 5 Abs. 4 BV; Art. 27 VRK⁴⁸⁵), geht das Völkerrecht den Bundesgesetzen grundsätzlich – die Rangfolge ergibt sich aber auch aus der Auslegung⁴⁸⁶ – vor⁴⁸⁷. Dieser Vorrang gilt gemäss der gefestigten Rechtsprechung auch für den Fall von Abkommen, die nicht Menschen- oder Grundrechte zum Gegenstand haben⁴⁸⁸. Der Vorrang besteht auch mit Blick auf nach der völkerrechtlichen Norm in Kraft getretene nationale Bestimmungen⁴⁸⁹.

⁴⁸¹ Bspw. Art. 49 BV.

⁴⁸² Bspw. Art. 3 Abs. 2 VG.

⁴⁸³ Vgl. etwa BGE 125 II 417 E. 4c S. 424.

⁴⁸⁴ Vgl. bereits BGE 125 II 417 E. 4d S. 425; BGE 135 II 243 E. 3.1 S. 249.

⁴⁸⁵ BGE 138 II 524 E. 5.1 S. 533; 125 II 417 E. 4d S. 424 f.; 122 II 234 E. 4e S. 239; ferner BGE 116 IV 262 E. 3b/cc S. 269; BGE 117 IV 124 E. 4b S. 128.

⁴⁸⁶ BGE 138 II 524 E. 5.3.2 S. 535; «Ermittlung des Normsinns».

⁴⁸⁷ BGE 138 II 524 E. 5.1 S. 533 und E. 5.3.2 S. 535.

⁴⁸⁸ BGE 138 II 524 E. 5.1 S. 532 f.; 136 II 241 E. 16.1 S. 255; 122 II 485 E. 3a S. 487.

⁴⁸⁹ Die *lex posterior*-Regel kommt im Verhältnis zwischen Landes- und Völkerrecht nicht zur Anwendung: Art. 5 Abs. 4 und Art. 190 BV; BGE 122 II 485 E. 3a S. 487. Vgl. dazu auch Zünd, Verfassung, S. 40 f.

Eine Ausnahme bildet die Situation, in welcher die Gesetzgebung bewusst von der völkerrechtlichen Regel abweichen wollte⁴⁹⁰. Erforderlich ist ein bewusstes Abweichen (*consapevole deroga*)⁴⁹¹; eine Kollision mit einem Staatsvertrag kann nur in jenen Fällen «bewusst» oder beabsichtigt sein, in denen anlässlich der Beratung des Bundesgesetzes die völkerrechtlichen Aspekte und Auswirkungen (*riflessi e implicazioni*)⁴⁹² resp. der mögliche Verstoss gegen Völkerrecht eingehend thematisiert wird⁴⁹³. In solchen subsidiären Fällen werden die Konsequenzen letztlich vom politischen Souverän – aus den Materialien klar erkennbar – selbst getragen⁴⁹⁴.

Die Ausnahmesituation der Schubert-Praxis gilt nicht bei Staatsverträgen, die Menschen- oder Grundrechte zum Gegenstand haben⁴⁹⁵. Vermieden werden soll namentlich ein prozessualer Leerlauf, zumal die Gutheissung einer Konventionsverletzung einen Revisionsgrund für bundesgerichtliche Urteile darstellt⁴⁹⁶. Die Ausnahmesituation der Schubert-Praxis nicht zuzulassen, wurde gestützt auf das freizügigkeitsrechtliche Diskriminierungsverbot⁴⁹⁷ – dem im Rahmen der Grundfreiheiten eine grundrechtsgleiche Funktion zukommt – und die hinreichende direktdemokratische Legitimation⁴⁹⁸ auch für den Bereich der Grundfreiheiten bejaht⁴⁹⁹.

⁴⁹⁰ Sog. Schubert-Praxis: BGE 99 Ib 39 ff.

⁴⁹¹ BGE 99 Ib 39 E. 3 S. 44; BGE 136 III 168 E. 3.3.4 S. 172 f.

⁴⁹² BGE 99 Ib 39 E. 4 S. 44.

⁴⁹³ BGE 138 II 524 E. 5.3.2 S. 534.

⁴⁹⁴ Tschannen, Staatsrecht, § 9 N. 33; Kälin, Völkerrecht bricht Landesrecht, S. 63 mit Verweis auf die «political question»-Doktrin in den USA.

⁴⁹⁵ BGE 125 II 417 ff.

⁴⁹⁶ Art. 122 lit. a BGG.

⁴⁹⁷ Art. 2 FZA und Art. 18 AEUV.

⁴⁹⁸ BGE 133 V 367 E. 11.4 S. 389.

⁴⁹⁹ Ausführlich BGE 133 V 367 E. 11.4–11.6 S. 389 ff. hinsichtlich des Vorrangs des FZA vor dem Bundesgesetz über die obligatorische Arbeitslosenversicherung und die Insolvenzentschädigung (AVIG; SR 837.0), bestätigt in BGE 142 II 35 ff. Letzteres Urteil stützt sich u.a. auf das Argument, dass dieser Vorrang bei einem Abkommen, das einen einheitlichen Binnenmarkt garantieren solle und dessen Vorrang in allen Vertragsstaaten zwingend gelte, nicht gestützt auf nationales Recht vereitelt werden dürfe.

Verbreitet sind auch weitere Kollisionsregeln wie die *lex specialis*-Regel oder die Praktische Konkordanz im Verhältnis zu Völkerrecht und neuerem Verfassungsrecht⁵⁰⁰. Dabei ist spezifisch darauf hinzuweisen, dass auch die von der Praxis entwickelten Kollisionsregeln nicht strikt anzuwenden sind, sondern sich vielmehr aus der Auslegung ergeben, wie dies das Bundesgericht betont⁵⁰¹.

Entsprechende – wahrheitserweiternde – Gewichtungen wie auch die vom Höchstgericht entwickelten Kollisionsregeln sind Formen der Subordination, da sie letztlich die Anwendung und Gewichtung der potenziell einschlägigen Normen thematisieren.

Entsprechendes Judikatives Recht ist in der Urteilsbegründung auszuweisen.

IV. Axiomatisierung der Normen für die Ableitung

1. Prozessuale Vorgeschichte

Nach oder neben der Subordination, welche Auskunft über die anwendbaren Normen gibt, haben die Gerichte diese Normen zu axiomatisieren, d.h., die herangezogenen Normen für ihre Anwendung operabel zu machen. Dabei ist zu beachten, dass dies vor dem Hintergrund vorinstanzlicher Entscheidungen geschieht.

Für Höchstgerichte erfolgt die Rechtsanwendung und damit auch die Normkonkretisierung gestützt auf eine charakteristische prozessuale Vorgeschichte⁵⁰². Vorinstanzen haben den für das Bundesgericht grundsätzlich verbindlichen Sachverhalt festgestellt⁵⁰³. Sie haben sich mit Anträgen und geltend gemachten Rechtsverletzungen bereits eingehend auseinandergesetzt. Die Beschwerdeführer haben vor diesem Hintergrund darzulegen, inwiefern der angefochtene Akt – das Urteil der Vorinstanz, d.h. in aller Regel des kantonalen Verwaltungsgerichts oder des

⁵⁰⁰ BGE 139 I 16 ff.

⁵⁰¹ «[D]er Vorrang des Völkerrechts ergibt sich aus der Ermittlung des Normsinns, der Rechtsprechung und dem Zollgesetz selbst»; BGE 138 II 524 E. 5.3.2 S. 535 betreffend den grundsätzlichen Vorrang von Völkerrecht vor Landesrecht ausserhalb von Grundrechten und -freiheiten.

⁵⁰² Vgl. zu den ausnahmsweisen Direktzuständigkeiten etwa Art. 120 BGG.

⁵⁰³ Art. 105 Abs. 1 BGG.

Bundesverwaltungsgerichts – Recht verletzt⁵⁰⁴. Bereits hieraus wird ersichtlich, dass das Höchstgericht in eine arbeitsteilige Normativitätsproduktion hineingehalten ist⁵⁰⁵.

Das Bundesgericht wendet dabei das Recht von Amtes wegen an⁵⁰⁶, ist also weder an die in der Beschwerde geltend gemachten Argumente noch an die Erwägungen der Vorinstanz gebunden. Es kann daher die Beschwerde jederzeit aus einem anderen als dem angerufenen Grund gutheissen und es kann sie mit einer von der Argumentation der Vorinstanz abweichenden Begründung abweisen⁵⁰⁷. Die Konkretisierung der Norm für den Anwendungsfall erfolgt in Beschäftigung mit den bisherigen Erkenntnissen zum Fall.

So beurteilt das Bundesgericht die Anwendbarkeit der Norm in Kenntnis der Auslegung durch die Vorinstanz und der gegenteiligen Sichtweise der Beschwerdeführenden. Die Konkretisierungsschritte erfolgen demnach nicht im «luftleeren Raum», sondern in Auseinandersetzung mit den bisherigen Erkenntnissen, können diese übernehmen oder verfeinern oder aber verwerfen.

2. Beispiele von Normkonkretisierungen

2.1 Orientierung an der Regelungsidee

Auf der Grundlage der Prozessgeschichte und in Auseinandersetzung mit den bisherigen Erkenntnissen zum Fall erfolgt die für die Rechtsanwendung unerlässliche Normkonkretisierung. Das Gericht rekonstruiert in verallgemeinerbaren Interpretationsschritten den Sinngehalt der Norm für den konkret zu beurteilenden Sachverhalt. Das zeigt sich etwa an Art. 24 Abs. 1 des Tierschutzgesetzes⁵⁰⁸. Die Bestimmung lautet wie folgt: «Wird festgestellt, dass Tiere vernachlässigt oder unter völlig ungeeigneten Bedingungen gehalten werden, so schreitet die zuständige Behörde unverzüglich ein». Die zuständige Behörde kann die betroffenen Tiere ins-

⁵⁰⁴ Art. 42 Abs. 2 BGG.

⁵⁰⁵ Vgl. dazu unten, Kap. 4 II 3.

⁵⁰⁶ Art. 106 Abs. 1 BGG.

⁵⁰⁷ BGer 2C_743/2011 vom 19. September 2012 E. 1.2, nicht publ. in BGE 138 II 524 ff.

⁵⁰⁸ Tierschutzgesetz (TSchG) vom 16. Dezember 2005 (SR 455).

besondere unverzüglich vorsorglich beschlagnahmen und auf Kosten der Halterin oder des Halters an einem geeigneten Ort unterbringen⁵⁰⁹.

Für die Subsumtion des konkreten Falles haben die Gerichte festzulegen, was unter «vernachlässigt» oder unter «völlig ungeeigneten Haltungsbedingungen» zu verstehen ist bzw. welche Vorkommnisse darunter zu subsumieren sind. Dabei spielen ein Stück weit eigene Vorstellungen und auch gesellschaftliche Entwicklungen über das Wissen um die Bedürfnisse von Tieren eine Rolle, die die Rechtskenntnis leiten und die unbestimmten Rechtsbegriffe konkretisieren.

Die Anwendungsmassstäbe werden dabei *regelartig* entwickelt, d.h. als abstrakter Erwägungsgrund für die Anwendung der Norm, die für eine Vielzahl von Fällen gleichermassen herangezogen werden könnten. Die Konkretisierung für «vernachlässigt» im Sinne von Art. 24 Abs. 1 TSchG lautet: «Ein Tier ist [vernachlässigt], wenn es unter der fehlenden oder ungenügenden [...] Pflege erheblich leidet oder wenn sein Wohlbefinden in erheblichem Masse eingeschränkt ist»⁵¹⁰. Es geht also nicht nur darum, den Einzelfall zu lösen – d.h., den konkreten Sachverhalt unter die Norm zu subsumieren –, sondern auch darum, einen abstrakten Massstab für gleichartige Fälle zu entwickeln⁵¹¹.

Dies kann auch anhand eines weiteren Beispiels im Bereich der Arbeitsvermittlung nachvollzogen werden: Art. 12 AVG sieht vor, dass Verleiher (Arbeitgeber), die Einsatzbetrieben gewerbsmässig Arbeitnehmer überlassen, eine Betriebsbewilligung des kantonalen Arbeitsamtes benötigen⁵¹². Als Verleiher gilt gemäss Art. 29 AVV⁵¹³, wer einen Arbeitnehmer einem Einsatzbetrieb überlässt, indem er diesem Weisungsbefugnisse gegenüber dem Arbeitnehmer abtritt. Die Weisungsbefugnis muss dabei nicht vollständig beim Dritten liegen; vielmehr reicht für das Bestehen eines Personalverleihverhältnisses die Übertragung «wesentlicher Weisungsbefugnisse» auf den Dritten (Art. 26 AVV).

⁵⁰⁹ Art. 24 Abs. 1 TSchG.

⁵¹⁰ BGer 2C_122/2019 vom 6. Juni 2019 E. 4.2.

⁵¹¹ Für ein Beispiel in einem anderen Bereich: vgl. etwa zum Begriff der «Restrukturierung einer Unternehmung» im Sinne des Rechts der beruflichen Vorsorge BGE 136 V 322 E. 8.3 S. 326 f.

⁵¹² Art. 12 Abs. 1 des Bundesgesetzes über die Arbeitsvermittlung und den Personalverleih (Arbeitsvermittlungsgesetz, AVG) vom 6. Oktober 1989 (SR 823.11).

⁵¹³ Verordnung über die Arbeitsvermittlung und den Personalverleih (Arbeitsvermittlungsverordnung, AVV) vom 16. Januar 1991 (SR 823.111).

Es ist klar, dass sich der *telos* von Art. 12 AVG auf den Schutz der entliehenen Arbeitnehmer durch staatliche Aufsicht bezieht. Indessen ist auch bei Auslegung nach Wortlaut, Systematik, Historik und Teleologie nicht klar, ob darunter auch Betreuungsverhältnisse im Haushalt fallen sollen. Ergänzend sind also für Fallkonstellationen, für die das Gesetz keine spezifische Regelung vorsieht, die Prämissen – hier: für oder gegen die Anwendbarkeit der Normen auf Betreuungsverhältnisse im Haushalt – auf den Normsinn hin (Regelungsidee) zu konkretisieren⁵¹⁴. Die Konkretisierung des anwendbaren Erlasses erfolgt unter spezifischer Bezugnahme auf die zu beurteilenden Sachverhaltskonstellationen und entwickelt für diese Frage (i.c.: Unter welchen Voraussetzungen sind Betreuungsverhältnisse im Haushalt von den entsprechenden Normen des AVG erfasst und damit bewilligungspflichtig?) abstrakt-regelartige Prämissen zur Anwendung. Die Bewilligungspflicht kann gemäss dieser Anwendungsprämisse bestehen, «wenn der Privathaushalt, welcher die Dienstleistung in Anspruch nimmt, in einem konkreten Fall das (zumindest geteilte) Weisungsrecht im Sinne eines Arbeitgebers ausübt [...]. Ebenso muss Gewerbsmässigkeit vorliegen [...], und der Privathaushalt muss, als Nutzniesser von Dienstleistungen, als Einsatzbetrieb oder «Dritter» bezeichnet werden können [...], wobei dieser Begriff mit den Weisungsbefugnissen des Entleihers zuweilen eng verbunden ist [...]. Demgegenüber ist die Tätigkeit nicht bewilligungspflichtig, wenn die Person, welche die Dienstleistung in Anspruch nimmt, kein derartiges Weisungsrecht ausüben kann, das Pflegepersonal nach den eigenen Fachkenntnissen arbeitet oder das Rechtsverhältnis einen Auftrag oder Werkvertrag darstellt»⁵¹⁵.

⁵¹⁴ Bejahend BGer 2C_356/2012 vom 11. Februar 2013 E. 4.3.2 f. und E. 7; 2C_543/2014 vom 26. November 2014 E. 2.5.

⁵¹⁵ BGer 2C_543/2014 vom 26. November 2014 E. 2.5: «Betreuungs- und Hausdienste [können] grundsätzlich vom Arbeitsvermittlungsgesetz erfasst werden [...]. Ob eine Betreuungsorganisation unter die Bewilligungspflicht des AVG fällt, ist aufgrund der konkret vereinbarten Tätigkeit zwischen der betreffenden Organisation und den Kunden sowie den tatsächlichen Gegebenheiten beim Dritten bzw. im Einsatzbetrieb zu beurteilen. Die Tätigkeit kann in solchen Fällen bewilligungspflichtig sein, wenn der Privathaushalt, welcher die Dienstleistung in Anspruch nimmt, in einem konkreten Fall das (zumindest geteilte) Weisungsrecht im Sinne eines Arbeitgebers ausübt [...]. Ebenso muss Gewerbsmässigkeit vorliegen [...], und der Privathaushalt muss, als Nutzniesser von Dienstleistungen, als Einsatzbetrieb oder «Dritter» bezeichnet werden können [...], wobei dieser Begriff mit den Weisungsbefugnissen des Entleihers zuweilen eng verbunden ist [...]. Demgegenüber ist die Tätigkeit nicht bewilligungspflichtig, wenn die Person, welche die Dienstleistung in Anspruch nimmt, kein derartiges Wei-

Diese abstrakt-regelartigen Anwendungsmassstäbe werden danach für die Beurteilung weiterer ähnlich gelagerter Sachverhaltskonstellationen herangezogen.

2.2 Strukturierung der Verhältnismässigkeitsprüfung

Die Konkretisierung der Norm erfordern auch die für das Öffentliche Recht typischen *Abwägungsschritte* wie etwa die Interessenabwägung im Rahmen der Verhältnismässigkeitsprüfung (Art. 5 Abs. 2 und Art. 36 BV)⁵¹⁶.

Ob beispielsweise ein Verbot des Tragens eines religiösen Symbols verhältnismässig ist (Art. 15 BV i.V.m. Art. 36 Abs. 3 BV), lässt sich nicht (allein) mithilfe der Auslegungscanones herleiten. Vielmehr werden durch Interpretation des Normsinns konkretisierende Kriterien für die Prüfung der vorliegenden Fallkonstellation entwickelt. Darunter fallen etwa Fragen, ob die Durchführung des Unterrichts erheblich erschwert oder der Schulfriede gestört wird oder ob von der Grundrechtsträgerin Druck auf ihre Mitschüler ausgeübt wird⁵¹⁷. Die Entwicklung der Anwendungsmassstäbe beinhaltet damit auch Entscheidungen zur Tragweite und Einschränkungsmöglichkeiten der gesetzlichen Bestimmungen⁵¹⁸. Wie sich zeigt, werden diese nicht einfach in einer allgemeinen Form, sondern themen- oder kontextspezifisch entwickelt. Erforderlich wird mithin eine weitere Konturierung des Normgehalts in Form von Anwendungsmassstäben für spezifische, typisierte Fallkonstellationen.

In Auseinandersetzung mit den Erkenntnissen der Vorinstanz und den dagegen erhobenen Rügen werden für die unter die Norm fallenden Fallkonstellationen demnach *themen- und problembezogen* konkretisierende Anwendungsprämissen ausgearbeitet. Soweit entschiedene vergleichbare Fallkonstellationen vorliegen, haben die traditionellen Auslegungsschritte eine für den spezifischen Kontext

sungsrecht ausüben kann, das Pflegepersonal nach den eigenen Fachkenntnissen arbeitet oder das Rechtsverhältnis einen Auftrag oder Werkvertrag darstellt [...]».

⁵¹⁶ Die Wertungsabhängigkeit der Verhältnismässigkeitsprüfung betonend und zugleich die wissenschaftliche Methodik einfordernd Rütscbe, Verhältnismässigkeitsprinzip, S. 1054 ff. (zur Wertungsabhängigkeit), 1064 ff. (zur Methode).

⁵¹⁷ Vgl. BGE 142 I 49 E. 8.2.2 S. 67.

⁵¹⁸ Vgl. dazu im Detail im Zusammenhang mit der Verhältnismässigkeitsprüfung unten, Kap. 3 VI 5 5.3.

derart geringe Bedeutung für die Einzelfallentscheidung, dass sie in der Urteilsbegründung regelmässig keine Erwähnung (mehr) finden⁵¹⁹.

Die gerichtliche Konturierung und Vertiefung der Normwirkung unter dem Gesichtspunkt der Regelungsidee erfolgt dabei nicht nur in Anwendung des Verfassungsrechts, sondern auch des Gesetzesrechts, das Ausdruck einer strukturierten Verhältnismässigkeitsprüfung ist. Dies kann am Beispiel des *ausländerrechtlichen Härtefalls* nach Art. 50 Abs. 1 lit. b AuG bzw. Art. 50 Abs. 1 lit. b AIG aufgezeigt werden. Nach diesen Bestimmungen besteht der (gestützt auf die Familiengemeinschaft erworbene) Anspruch auf Erteilung oder Verlängerung der Aufenthaltsbewilligung auch nach Auflösung einer Familiengemeinschaft weiter, wenn «wichtige persönliche Gründe einen weiteren Aufenthalt in der Schweiz erforderlich machen»⁵²⁰.

Gemäss Art. 50 Abs. 1 lit. b und Abs. 2 AuG bzw. Art. 50 Abs. 1 lit. b und Abs. 2 AIG sowie der bundesgerichtlichen Rechtsprechung kann dies namentlich der Fall sein, wenn die ausländische Person mit abgeleitetem Aufenthaltsrecht Opfer ehelicher Gewalt geworden ist, die Ehe nicht aus freiem Willen geschlossen hat oder wenn ihre soziale Wiedereingliederung im Herkunftsland stark gefährdet erscheint.

Für die konkrete Subsumtion ist die Prämissenbildung namentlich mit Blick auf die *Intensität* der wichtigen persönlichen Gründe erforderlich, die für die Annahme eines Härtefalls verlangt wird. Im Rahmen der Prämissenbildung/-gewinnung schreibt das Bundesgericht zunächst allgemein zur Bestimmung von Art. 50 Abs. 1 lit. b AuG bzw. Art. 50 Abs. 1 lit. b AIG: «Ein persönlicher, nachehelicher Härtefall setzt aufgrund der gesamten Umstände eine erhebliche Intensität der Konsequenzen für das Privat- und Familienleben voraus, die mit der Lebenssitua-

⁵¹⁹ Vgl. etwa BGE 135 I 79 (und zahlreiche Referenzen).

⁵²⁰ Die Bestimmungen wurden – ebenfalls nach der Rechtsprechung bzw. nach Erlass der Norm – in einer Verordnung kodifiziert. Nach Art. 31 der Verordnung (VZAE) kann eine Aufenthaltsbewilligung erteilt werden, wenn ein schwerwiegender persönlicher Härtefall vorliegt. Bei der Beurteilung sind insbesondere zu berücksichtigen: (a.) die Integration der Gesuchstellerin oder des Gesuchstellers; (c.) die Familienverhältnisse, insbesondere der Zeitpunkt der Einschulung und die Dauer des Schulbesuchs der Kinder; (d.) die finanziellen Verhältnisse; (e.) die Dauer der Anwesenheit in der Schweiz; (f.) der Gesundheitszustand; (g.) die Möglichkeiten für eine Wiedereingliederung im Herkunftsstaat.

tion nach dem Dahinfallen der abgeleiteten Anwesenheitsberechtigung verbunden sein muss»⁵²¹.

Mit Blick auf das in Abs. 2 explizit genannte Beispiel der ehelichen Gewalt stellt das Bundesgericht fest, häusliche Gewalt «im Sinne der ein Aufenthaltsrecht begründenden Rechtsprechung bedeutet systematische Misshandlung mit dem Ziel, Macht und Kontrolle auszuüben. Sie muss im Rahmen von Art. 50 Abs. 1 lit. b AuG derart intensiv sein, dass die physische oder psychische Integrität des Opfers im Falle der Aufrechterhaltung der ehelichen Gemeinschaft schwer beeinträchtigt würde»⁵²².

Unter der Herausarbeitung der Prämisse hat das Bundesgericht nicht nur naheheilige Härtefälle infolge physischer Gewalt, sondern auch infolge psychischer Oppression bejaht⁵²³. Das Gericht hält in Konkretisierung der Norm fest, nicht jede unglückliche, belastende und nicht den eigenen Vorstellungen entsprechende Entwicklung einer Beziehung könne einen naheheiligen Härtefall und ein weiteres Anwesenheitsrecht in der Schweiz begründen⁵²⁴. Die anhaltende, erniedrigende Behandlung müsse vielmehr «derart schwer wiegen, dass von der betroffenen Person bei Berücksichtigung sämtlicher Umstände vernünftigerweise nicht erwartet werden kann, dass sie einzig aus bewilligungsrechtlichen Gründen die Ehe aufrechterhält und in einer ihre Menschenwürde und Persönlichkeit verneinenden Beziehung verharret»⁵²⁵. Das Gericht setzt damit die für die konkreten Fallkonstellationen von ehelicher Gewalt psychischer Natur massgebliche Anwendungsprämisse. Im Ergebnis soll eine glaubhaft gemachte «oppressionsbedingte Aufhebung der Hausgemeinschaft [...] für die betroffene Person keine ausländerrechtlichen Nachteile zur Folge haben, wenn sie durch das Zusammenleben in ihrer Persön-

⁵²¹ BGer 2C_1107/2013 vom 4. Juli 2014 E. 3.2; vgl. BGE 139 II 393 E. 6 S. 403 f.; 137 II 345 E. 3.2 S. 348 ff.

⁵²² BGer 2C_363/2012 vom 1. Oktober 2012 E. 3.2 BGE 136 II 1 E. 5 S. 3 ff.; BGer 2C_803/2010 vom 14. Juni 2011 E. 2.3.2; 2C_590/2010 vom 29. November 2010 E. 2.5.2 f.

⁵²³ BGE 138 II 229 ff.

⁵²⁴ BGE 138 II 229 E. 3.2.2 S. 233 f.

⁵²⁵ Art. 7 und Art. 35 Abs. 1 und 3 BV sowie Art. 3 (Schutz vor unwürdiger, erniedrigender Behandlung) und Art. 8 (Schutz des Privatlebens: Freie Gestaltung der Lebensführung) EMRK; BGE 138 II 229 E. 3.2.2 S. 234.

lichkeit ernsthaft gefährdet wäre und ihr eine Fortführung der ehelichen Gemeinschaft bei objektiver Betrachtungsweise nicht mehr zugemutet werden kann»⁵²⁶.

Um die Norm anwenden zu können bzw. Rechtsfolgen ableiten zu können, bedarf es entsprechender Anwendungsprämissen. Im Rahmen der Konkretisierung ist die Norm operabel zu machen, gleichzeitig darf die Schutzwirkung der Norm nicht eingeschränkt werden. Die Anwendungsprämisse erlaubt es, für die spezifisch zu beurteilende Konstellation zu prüfen, ob der Schutzgehalt der Norm gewahrt wird.

Anwendungsprämissen sind so der eigentliche Diskussionsgegenstand der Rechtsfindung. Die Gesetzgebung hat die Fälle, die einen nachehelichen Härtefall begründen können, bewusst auf für ihn nicht vorhersehbare Konstellationen offengehalten. Dem Bundesgericht obliegt es im Rahmen der Anwendung im Einzelfall, weitere nicht vorhergesehene Kategorien zu definieren.

Was «wichtige persönliche Gründe» im Sinne des Gesetzes sind⁵²⁷, ist aus dem Gesetz selbst mit Blick auf eine konkrete Fallkonstellation also nicht abschliessend ersichtlich. Erforderlich wird, Prämissen der Normkonkretisierung zu entwickeln. Vor dem Hintergrund, dass sich entsprechende Fallkonstellationen wiederholen, ist die Normkonkretisierung in abstrakt-regelartigen Prämissen auch zur rechtsgleichen Behandlung geboten⁵²⁸.

Prämissen zur Normkonkretisierung zu setzen, ist wahrheitserweiternd. Sie erst machen die Norm für eine Vielzahl von Einzelfällen anwendbar. Von der Gerichtspraxis entwickelte Anwendungskriterien werden oft vom Verordnungsgeber, teilweise auch von der Gesetzgebung kodifiziert⁵²⁹.

3. Gerichtliche Regelbildung

Bereits an diesen Beispielen zeigt sich auch, dass die Formen der Normkonkretisierung unter der Prämisse der rechtsgleichen Anwendung auf gleiche Sachver-

⁵²⁶ Art. 7 und Art. 35 Abs. 1 und 3 BV sowie Art. 3 (Schutz vor unwürdiger, erniedrigender Behandlung) und Art. 8 (Schutz des Privatlebens: Freie Gestaltung der Lebensführung) EMRK; BGE 138 II 229 E. 3.2.2 S. 234.

⁵²⁷ Art. 50 Abs. 1 lit. b und Abs. 2 AuG bzw. Art. 50 Abs. 1 lit. b und Abs. 2 AIG.

⁵²⁸ Art. 8 BV.

⁵²⁹ Vgl. etwa Art. 31 VZAE.

halte stehen (Art. 8 BV): Der Normkonkretisierung kommen *präjudizielle Wirkungen* zu; gleich gelagerte Fälle sind gleich zu beurteilen.

Das Rechtsgleichheitsgebot aus Art. 8 BV erfordert eine Konkretisierung der Norm in der Form, dass neue Fallkonstellationen rechtsgleich beurteilt werden können. Wichtig zu sehen ist dabei, dass ein zu beurteilender Sachverhalt für Höchstgerichte praktisch nie genau «gleich» liegt; z.B. die Form der psychischen ehelichen Gewalt⁵³⁰ wird sich in jeder neuen Sachverhaltskonstellation wieder anders zeigen. Sollen Fälle hierzu rechtsgleich beurteilt werden, müssen die Kriterien zur Normanwendung ein Stück weit abstrahiert werden.

Die gerichtliche Normkonkretisierung bleibt entsprechend zu einem gewissen Grad allgemein gefasst. Die Beschränkung auf die wesentlichen Kriterien zur Prüfung der normativen Vorgaben erfolgt üblicherweise in Form der gerichtlichen Entwicklung eines «abstrakten Kriterienkatalogs» oder von «Voraussetzungen» zur Anwendung der Norm. Denn Anwendungsprämissen zur Norm oder zum Normkomplex müssen für vergleichbare Fallkonstellationen wiederholbar sein. Die Gerichte kommen dem Gebot durch eine abstrakt-regelartige Formulierung der Anwendungsprämissen, mithin durch *gerichtliche Regelbildung* nach. Die Praxis führt dazu aus: «Die Rechtsfindung hat sich um juristische Erkenntnis zu bemühen, welche die Umsetzung der normativen Vorgaben *regelfähig* macht. Regelfähigkeit aber fordert nicht allein über den Einzelfall hinausgehende Wiederholbarkeit, sondern auch Widerspruchsfreiheit im Wertungssystem»⁵³¹.

Im Rahmen der Rechtsfindung erfolgt entsprechend die regelfähige Konkretisierung der normativen Vorgaben. Erst wenn diese Erkenntnisschritte durch den Referenten konstituiert sind, ist die Ableitung einer Rechtsfolge möglich bzw. kann eine Subsumtion erfolgen⁵³². Eine Eigenheit der Rechtserkenntnis ist es auch, in Folgefällen zu prüfen, ob und inwiefern bereits entwickelten Anwendungsvoraussetzungen zur Norm auf einen neu zu beurteilenden Sachverhalt Anwendung finden. Auf diese Weise erhalten bereits entwickelte abstrakte Anwendungsprämissen auch für vergleichbare Folgefälle Gewicht. Umgekehrt können bereits entwickelte Anwendungsprämissen nicht einfach umgestossen werden, da dies meist eine ungleiche Behandlung oder – wenn bereits eine gefestigte Rechtspre-

⁵³⁰ Vgl. oben, IV.2.2.2.

⁵³¹ BGE 123 III 292 E. 2e aa S. 297. Hervorhebung durch die Autorin.

⁵³² Vgl. im weitesten Sinne Kaufmann, Rechtsgewinnung, S. 68.

chung vorliegt – eine Praxisänderung darstellen wird, die nur unter qualifizierten Voraussetzungen zulässig ist⁵³³.

Um die Funktion der gerichtlichen Normkonkretisierung weiter zu vertiefen, sollen zunächst ihre Charakteristika weiter herausgearbeitet werden (nachfolgend 4.), bevor ihre Bedeutung im Rahmen der Präjudizienrezeption zu vertiefen ist (nachfolgend Kap. V und Kap. VI).

4. Optimierung der Normkonkretisierung

Die im Rahmen der Normkonkretisierung von den Gerichten entwickelten Prämissen (Axiome) sind – das Erfordernis ergibt sich bereits gestützt auf Art. 8 BV – in jedem Anwendungsfall auf die tatsächliche Übereinstimmung mit dem Bedeutungsgehalt der Norm zu überprüfen. Die entwickelten Prüfungsmassstäbe müssen sich im Rahmen der weiteren Beurteilung von Einzelfällen als der Verwirklichung des Normsinns dienlich bestätigen. Dies bedeutet, dass sie sich induktiv – mit der Fallerschaft – auf den Normsinn hin optimieren lassen.

Die (relative) Offenheit der gerichtlich entwickelten Prüfungsmassstäbe zur Optimierung hin lässt sich ebenfalls an einem Beispiel illustrieren. Das in Art. 13 BV bzw. Art. 8 EMRK⁵³⁴ geschützte Recht auf Privat- und Familienleben ist berührt, wenn eine staatliche Entfernungs- oder Fernhaltungsmassnahme eine nahe, echte und *tatsächlich gelebte familiäre Beziehung* einer in der Schweiz gefestigt anwesenheitsberechtigten Person beeinträchtigt, ohne dass es dieser ohne Weiteres möglich bzw. zumutbar wäre, ihr Familienleben andernorts zu pflegen⁵³⁵. Kann eine Person sich auf Art. 8 EMRK berufen, so kommt die Verweigerung einer Anwesenheitsbewilligung einem Eingriff in den darin gewährleisteten Anspruch auf Achtung des Familienlebens gleich⁵³⁶.

In bundesgerichtlicher Konkretisierung verschafft diese Norm dem nicht sorge- bzw. obhutsberechtigten ausländischen Elternteil, der den Kontakt zu seinem Kind ohnehin nur in beschränktem Rahmen pflegen kann, nämlich durch die Ausübung

⁵³³ Vgl. dazu umfassend Probst, Änderung der Rechtsprechung, passim.

⁵³⁴ Nach Ansicht des Bundesgerichts kommt zumindest den Grundrechten der EMRK Verfassungsrang zu; BGE 101 Ia 67 E. 2; BGE 102 Ia 379 E. 2; BGE 105 Ia 127 E. 3a; BGE 122 III 406 E. 2; vgl. insbesondere BGE 139 I 16 zur Ausschaffungsinitiative.

⁵³⁵ BGE 139 I 330 E. 2.1 S. 336; 137 I 247 E. 4.1.2 S. 249 f.

⁵³⁶ BGE 135 I 149 E. 2.1 S. 147.

des ihm eingeräumten Besuchsrechts, in der Regel keinen dauernden Anwesenheitsanspruch im Gastland: Unter dem Gesichtspunkt des Anspruchs auf Familienleben nach Art. 8 Ziff. 1 EMRK ist es grundsätzlich ausreichend, wenn das Besuchsrecht im Rahmen von Kurzaufenthalten vom Ausland her ausgeübt werden kann, wobei allenfalls dessen Modalitäten entsprechend auszugestalten sind⁵³⁷. Gemäss der ständigen Rechtsprechung des Bundesgerichts kann sich aus Art. 13 BV bzw. Art. 8 EMRK indessen ein weitergehender Anspruch auf Aufenthalt für die ausländische Person ergeben, sofern «in wirtschaftlicher und affektiver Hinsicht eine besonders enge Beziehung zum Kind besteht, diese Beziehung wegen der Distanz zum Herkunftsland der ausländischen Person praktisch nicht aufrechterhalten werden könnte und deren bisheriges Verhalten in der Schweiz zu keinerlei Klagen Anlass gegeben hat»⁵³⁸ – auch das ist eine gerichtliche Konkretisierung der Norm.

Der Begriff der besonderen Intensität der affektiven Beziehung ist erfüllt, wenn der persönliche Kontakt im Rahmen eines *üblichen Besuchsrechts* ausgeübt wird⁵³⁹. Im Bewilligungsverfahren ist dabei auf die zivilrechtliche Situation abzustellen; hierbei ist das Ausmass des Besuchsrechts insoweit ausschlaggebend, «als dieses auch tatsächlich wahrgenommen» bzw. reibungslos ausgeübt wird⁵⁴⁰.

In einem Ausgangsverfahren war einem Beschwerdeführer zwar ein übliches Besuchsrecht eingeräumt worden⁵⁴¹, dieses konnte jedoch aufgrund von Streitigkeiten zwischen den Eltern nicht reibungslos ausgeübt werden. Der Beschwerdeführer konnte erhebliche Bemühungen nachweisen, sein Kind zu sehen und mit zu betreuen (Errichtung einer Besuchsbeistandschaft, Befehlsverfahren zur Ausübung des Besuchsrechts). Er musste indessen im Rahmen der Ausübung der Besuchsrechte selbst unter anderem wegen versuchter Nötigung und Sachbeschädigung zum Nachteil seiner Ehegattin gebüsst werden (Fuss in der Türe lassen; Drohungen, wenn man ihm das Kind aus der Hand nehmen würde etc.)⁵⁴².

⁵³⁷ BGE 140 I 145 E. 3.2 S. 147.

⁵³⁸ BGE 139 I 315 E. 2.2 S. 319 (sog. «tadelloses Verhalten»); 120 Ib 1 E. 3c S. 5; 120 Ib 22 E. 4 S. 24 ff.; Urteile 2C_547/2014 vom 5. Januar 2015 E. 3.2; 2C_586/2013 vom 3. Dezember 2013 E. 3.2.6; 2C_329/2013 vom 27. November 2013 E. 3.2.

⁵³⁹ BGE 139 I 315 E. 2.3–2.5 S. 319 ff.

⁵⁴⁰ BGE 139 I 315 E. 2.5 S. 322.

⁵⁴¹ BGE 2C_547/2014 vom 5. Januar 2015 E. 3.6.1.

⁵⁴² BGE 2C_547/2014 vom 5. Januar 2015 E. 3.6.3.

Das Bundesgericht erwog, bei den Verurteilungen des Beschwerdeführers habe es sich nicht um Delikte gehandelt, die sich etwa gegen die körperliche Integrität seiner Gattin richteten, sondern vielmehr um die Folgen von Streitigkeiten im Rahmen der Besuchsrechtsausübung⁵⁴³. Der Beschwerdeführer habe bis zum Auftreten der ehelichen Probleme stets mit seinem Kind zusammengelebt und sich vor der Trennung und den Streitigkeiten im gleichen Masse wie die Mutter um das Kind gekümmert. Seine seitherigen Bemühungen um Kontaktaufnahme und Intensivierung des Kontakts zu seinem Kind zögen sich, so das Bundesgericht, «wie ein roter Faden durch die Akten»⁵⁴⁴.

Die an sich korrekte Erwägung der Vorinstanz, wonach der Beschwerdeführer keine – sich am tatsächlich ausgeübten Besuchsrecht messende – besonders enge affektive Beziehung zu seinem Kind im Sinne der Rechtsprechung habe, griff für das Bundesgericht vor diesem Hintergrund zu kurz⁵⁴⁵. Da der Beschwerdeführer beruflich integriert und seinen Unterhaltsverpflichtungen stets nachgekommen war (enge wirtschaftliche Beziehung), erachtete es das Gericht unter dem Gesichtspunkt der Verhältnismässigkeit als geboten, die Streitsache zur Abklärung des Umfangs des seither gelebten persönlichen Kontakts des Beschwerdeführers zu seinem Kind an die Vorinstanz zurückzuweisen⁵⁴⁶.

Anwendungsprämissen gelangen also immer nur unter dem Vorbehalt zur Anwendung, dass sie den Normsinn nicht einschränken. Ob dem so ist, zeigt sich oftmals erst nach der Beurteilung von spezifischen Einzelfällen: Erscheint die Axiombildung zur Anwendung auf einen neuen Einzelfall als nicht mit dem Normsinn übereinstimmend (hier mit grundrechtlichen Ansprüchen im Zusammenhang mit einer tatsächlich gelebten bzw. engen affektiven familiären Beziehung), so werden die Axiome für den Einzelfall nicht in der ursprünglich intendierten Form vorausgesetzt, um den Normsinn nicht zu vereiteln.

Soweit die Axiome den Normsinn auch in weiteren Fällen nicht zum Ausdruck zu bringen vermögen, werden sie – zurückhaltend, mit Blick auf die Rechtssicherheit – angepasst (optimiert).

⁵⁴³ BGer 2C_547/2014 vom 5. Januar 2015 E. 3.6.3.

⁵⁴⁴ BGer 2C_547/2014 vom 5. Januar 2015 E. 3.6.3.

⁵⁴⁵ BGer 2C_547/2014 vom 5. Januar 2015 E. 3.6.4.

⁵⁴⁶ BGer 2C_547/2014 vom 5. Januar 2015 E. 3.6.5.

V. Präjudizien – Folgerungsbeziehungen

1. Vergleichendes Denken

1.1 Überblick

Rechtsanwendung beinhaltet nicht nur Erstauslegung, sondern auch die Bezugnahme auf nicht gleiche, aber doch vergleichbare entschiedene Fallkonstellationen. Bereits ergangene Urteile spielen für die Rechtsfindung eine bedeutende Rolle. Neu zu beurteilende Fallkonstellationen werden zu bereits ergangenen Urteilen in Beziehung gebracht bzw. genauer: zu den dort entwickelten Normanwendungsmassstäben in Bezug gesetzt.

Es lohnt sich also, die Bedeutung des vergleichenden (analogen) Denkens anhand bereits entschiedener Fallkonstellationen zu analysieren⁵⁴⁷. Der Präjudizienrezeption kommt in der schweizerischen Verfassungsrechtsprechung eine grosse Bedeutung für die Interpretation von Normen zu. Entsprechend ist es angezeigt, die Bedeutung des analogen Schliessens im Zusammenhang mit der Präjudizienrezeption etwas genauer zu untersuchen.

1.2 Analogisches Schliessen und Rechtsprechung

Das analogische Schliessen⁵⁴⁸ wird im philosophischen sowie im juristischen Denken insbesondere in den Vereinigten Staaten und im Vereinigten Königreich theoretisiert, weniger demgegenüber in den kontinentaleuropäischen Ländern. Hier soll der Fokus auf für die Rechtsanwendung besonders einschlägige Formen des analogischen Schliessens gelegt werden, und zwar im Zusammenhang mit der Bedeutung von Präjudizien bei der Normauslegung.

Einen guten Einstieg bildet das Aufzeigen von Beispielen – wie für das Schrifttum in den USA üblich. So nennt SUNSTEIN Beispiele für analogische Schlüsse im Recht: «We know that an employer may not fire an employee for agreeing to perform jury duty; it is said to <follow> that an employer is banned from firing an employee for refusing to commit perjury. We know that a speech by a member of the Ku Klux Klan, advocating racial hatred, cannot be regulated unless it is likely to incite and is directed to inciting imminent lawless action; it is said to follow that

⁵⁴⁷ Vgl. zu den Grundzügen bereits oben, Kap. 2 III 2 2.4.

⁵⁴⁸ Zum Verhältnis zur Reduktion s. insb. unten, Kap. 4 I 3 3.4 b.

the government cannot forbid members of the Nazi Party to march in Skokie, Illinois. We know that there is no constitutional right to welfare, medical care, or housing; it is said to follow that there is no constitutional right to government protection against domestic violence»⁵⁴⁹.

BREWER stellt analogisches Schliessen – auch wenn dieses nicht in gleicher Weise wahrheitserhaltend sein kann – in den Zusammenhang mit der Deduktion; beide Schlussformen seien oft kombiniert⁵⁵⁰. Zum analogischen Schliessen im Recht äussert er sich anhand des historischen Urteils *Adams v. New Jersey Steamboat* des New York Court of Appeals⁵⁵¹: «In *Adams*, valuables were stolen from a passenger's rented steamboat cabin. The issue in that case was whether the steamboat owner was strictly liable to the passenger for the loss (it having been decided below that neither the steamboat owner nor the passenger was negligent). Apparently, only a couple of cases were directly on point: one held that an innkeeper was strictly liable for the theft of boarders' valuables, while another held that a railroad company was not strictly liable to passengers for the theft of their valuables from open-berth sleeping-car trains»⁵⁵².

Auf der Grundlage von zwei existierenden Präjudizien war die Frage «Was the steamboat sufficiently like an inn, on the one hand, or sufficiently like a railroad, on the other, to receive the same legal treatment?»⁵⁵³ entscheidend. Für die Haftung des Dampfschiffeigentümers galt es also zu entscheiden, ob das Dampfschiff als hinreichend ähnlich einer Schenke oder aber hinreichend ähnlich einer Eisenbahn zu betrachten sei, um rechtlich analog behandelt zu werden.

SUNSTEIN versucht das, was als «characteristic form of analogical thought in law» bezeichnet wird, zusammenzufassen⁵⁵⁴. Er unterscheidet 5 Schritte, wie folgt:

- «(1) Some fact pattern A – the «source» case – has certain characteristics; call them x, y, and z.
- (2) Fact pattern B – the «target» case – has characteristics x, y, and q, or characteristics x, y, z, and q.
- (3) A is treated a certain way in law.

⁵⁴⁹ Sunstein, Legal Reasoning, S. 64.

⁵⁵⁰ Vgl. Brewer, Exemplary Reasoning, S. 994 f., 1003 ff. Vgl. auch Weinreb in Fn. 559.

⁵⁵¹ *Adams v. New Jersey Steamboat Co.*, 151 N.Y. 163 (1896).

⁵⁵² Brewer, Exemplary Reasoning, S. 1003 f.

⁵⁵³ Brewer, Exemplary Reasoning, S. 1004.

⁵⁵⁴ Sunstein, Legal Reasoning, S. 64.

- (4) Some principle or rule, announced, created, or discovered in the process of thinking through A, B, and their interrelations, explains why A is treated the way that it is.
- (5) Because of what it shares in common with A, B should be treated the same way. It is covered by the same principle [...]»⁵⁵⁵.

Nach SUNSTEIN ist der schwierigste Schritt in der Argumentation der vierte. Wenn im Zusammenhang mit Präjudizien analogisch argumentiert wird, erfordert dieser vierte Schritt, dass ein «governing principle» (eine regulierende Idee; Leitidee) oder eine «rule» (Regel) vorgeschlagen wird, die es rechtfertigt, das Präjudiz zu bestätigen – und genau dieses Prinzip oder diese Regel wird dann auf die neu zu beurteilende Fallkonstellation angewendet.

SUNSTEIN veranschaulicht dies am oben angeführten Beispiel zum in den USA fehlenden Verfassungsrecht auf Hilfe in Notlagen⁵⁵⁶: «We know that there is no constitutional right to welfare, medical care, or housing; it is said to follow that there is no constitutional right to government protection against domestic violence». SUNSTEIN vertieft das Beispiel wie folgt: «[...] someone asking for protection against domestic violence is requesting affirmative government assistance, just like someone asking the government for medical care. This is what the two cases have in common. If we know that there is no constitutional right to medical care, it might be said to follow that there is no constitutional right to protection against domestic violence, because of the governing principle, which is that government need not furnish affirmative assistance to people in need»⁵⁵⁷.

SUNSTEIN unterscheidet analogisches Schliessen vom deduktiven (und auch reduktiven [induktiven]⁵⁵⁸) Schliessen⁵⁵⁹. Für SUNSTEIN ist analogisches juristisches

⁵⁵⁵ Sunstein, Legal Reasoning, S. 64.

⁵⁵⁶ Für die Schweiz: Art. 12 BV.

⁵⁵⁷ Sunstein, Legal Reasoning, S. 64 f.

⁵⁵⁸ «In the legal examples we are dealing with non-inductive analogical reasoning. We are not making a prediction about likely facts in an unknown case, but are instead making claims about how an as-yet undecided case should be resolved in light of its similarity to a decided or clear case»; Sunstein, Analogical Reasoning, S. 744 f. (Fn. 17).

⁵⁵⁹ Eine Abgrenzung mit anderem Fokus (näher an der Konzeption von BREWER) findet sich bei LLOYD L. WEINREB: «Analogical arguments are said to be slippery and likely to mislead or, at any rate, not to be firm enough to support a seriously contested conclusion. They are contrasted in this respect with deductive and inductive arguments. A deductive argument is subject to the rules of formal logic. According to those rules, an argument is either valid or invalid, and there is no more to be said one way or the other.

Schliessen trotz der Heranziehung eines Prinzips oder einer Regel im vierten Schritt keine reine Deduktion: «[...] the governing idea is not given in advance and simply applied to the new case»⁵⁶⁰. Er führt weiter aus, «[...] analogical reasoning helps identify the governing idea and is indispensable to the identification; we do not know what the idea is until we have assessed the cases. Analogy and disanalogy are created or discovered through the process of comparing cases [...]»⁵⁶¹. BREWER hingegen integriert das analogische Argument in einen Rahmen deduktiver Schlüsse⁵⁶².

Vor dem Hintergrund der kontinental-europäischen Rechtsordnung wird hier der Auffassung von BREWER gefolgt und das analogische Argument jedenfalls im Zusammenhang mit Deduktionen verstanden, oder besser als Erkenntnisschritt, der vor der Deduktion (als Ableitung aus der Norm) erfolgt. Dem Verständnis der analogischen Argumentation als Teil der (oder Vorbereitung für die) Deduktion ist gerade bei der Heranziehung analogischer Argumente für das kontinentale System mit der Norm als Ausgangspunkt zu folgen.

Das analogische Argument zeichnet sich nach der hier vertretenen Ansicht dadurch aus, dass es eine Regelbildung aus der Erfahrungsanwendung für die Norm ermöglicht (Reduktion) und so die Voraussetzungen für eine präzisere Ableitung (Deduktion, Subsumtion) schafft.

An inductive argument is not formally bound in the same way; but the conclusion can be tested experimentally, and again, either it is verified, or it is not. The similarity at the heart of an analogical argument, on the other hand, does not display its significance, as a deductive argument displays its validity. Things (or persons, or events) are similar and dissimilar to one another and to all sorts of other things in countless ways, all at the same time. There simply are no rules that prescribe how much or what sort of similarity is enough to sustain analogies generally or to sustain a particular analogy. Nor can an analogy be tested experimentally, for the similarity on which it depends may be unquestioned but have nothing to do with the conclusion that is said to follow from it, whether the conclusion be true or false»; Weinreb, *Legal Reason*, S. 4 f.

⁵⁶⁰ Sunstein, *Legal Reasoning*, S. 65.

⁵⁶¹ Sunstein, *Legal Reasoning*, S. 65.

⁵⁶² Vgl. hiervor Fn. 550; und *Exemplary Reasoning*, S. 1003 ff.

1.3 Formen des analogischen Schliessens im *Common Law*

Explizit ist zu betonen, dass die Präjudizien nach der kontinentalen Tradition und nach der schweizerischen Rechtsordnung keine primären Rechtserkenntnisquellen sind, sondern die Norm. Gleichwohl kommen Schritte der Heranziehung von Präjudizien auch in der schweizerischen Rechtsordnung vor und ihre Struktur lässt sich wissenschaftlich aufzeigen. Die Verwendung der Präjudizien ist dabei anderer Art, als in der US-Methodik umschrieben. Dennoch können einige Gesichtspunkte für die kontinentale Dogmatik fruchtbar gemacht werden.

Dies betrifft die Unterscheidung von Formen der *Heranziehung* von *Präjudizien*. Nach SUNSTEIN können Präjudizien für die juristische Argumentation entweder direkt als *Regeln* oder als *blosse Analogien* dienen⁵⁶³. Ein Präjudiz «serves as a rule to the extent that it governs all identical cases, that is, all cases that are «on all fours» with it, in the sense that it is obvious that they are relevantly similar and there are no relevant differences between them»⁵⁶⁴. Demgegenüber ist ein Präjudiz eine blosse Analogie «to the extent that it is at least plausibly distinguishable from the case at hand, but potentially suggestive of a *more general principle or policy* that seems relevant to that case»⁵⁶⁵.

Wie aber lässt sich erkennen, ob ein Präjudiz als Regel oder nur als Analogie dient? Wie kann der Rechtsanwender also feststellen, ob ein neu zu beurteilender Fall einem Präjudiz «relevantly similar» ist und dass keine wesentlichen Unterschiede bestehen («there are no relevant differences between them»), sodass das Präjudiz als Regel herangezogen werden soll, oder ob das Präjudiz «at least plausibly distinguishable from the case at hand» ist und insofern als blosse Analogie heranzuziehen ist?

Für SUNSTEIN ist dies alles eine Frage des gemeinsamen Verständnisses und nichts mehr⁵⁶⁶: «When a precedent is said to be a rule, it is because it is believed to be so closely analogous to the case at hand, or because there are so clearly relevant similarities without relevant differences, that people agree that it «binds» and no one

⁵⁶³ Vgl. hiervor 1.2.

⁵⁶⁴ Sunstein, Legal Reasoning, S. 71. Hervorhebung durch die Autorin.

⁵⁶⁵ Sunstein, Legal Reasoning, S. 71. Hervorhebung durch die Autorin.

⁵⁶⁶ «All this is a matter of shared understandings, and nothing more»; Sunstein, Legal Reasoning, S. 71.

wants to suggest that it is <merely> an analogy»⁵⁶⁷. Und für bloss analoge Anwendungen soll umgekehrt gelten: «[W]hen a precedent is said to be an analogy and not a rule, it is because there is at least plausibly a relevant difference between the two cases, and so it is too simple to say the precedent <covers> the case at hand»⁵⁶⁸.

Auch für RAZ kommt die bloss analoge Heranziehung von Präjudizien bei neuen Fällen nur dann in Betracht, wenn die *ratio* des Präjudizes nicht genügt, um den neuen Sachverhalt beurteilen bzw. den neuen Fall lösen zu können, oder wenn der neu zu beurteilende Fall nicht hinreichend ähnlich zum bereits beurteilten Fall ist. In seinen Worten: «A court relies on analogy whenever it draws on similarities or dissimilarities between the present case and previous cases which are not binding precedents applying to the present case»⁵⁶⁹. Anders als SUNSTEIN geht RAZ daher auch davon aus, analogisches Schliessen sei nicht auf ein «gemeinsames Verständnis» zurückzuführen, sondern sei vielmehr eine Frage der Auslegung des Präjudizes, um seine *ratio* zu eruieren.

Wenn der neu zu beurteilende Fall unter die *ratio* des Präjudizes fällt, kann dieses direkt angewendet werden, und es ist keine analoge Begründung erforderlich, um den Präzedenzfall auf den neuen Fall anzuwenden. Andernfalls bindet der Präzedenzfall die Richterin oder den Richter im neuen Fall nicht. Daher ist eine analoge Begründung erforderlich, um zu bestimmen, ob der Präzedenzfall und der neue Fall hinreichend ähnlich sind, um die Regel auf den neu zu beurteilenden Fall auszudehnen⁵⁷⁰. Für RAZ folgt hieraus, dass «argument by analogy is not a method of discovering which rules are legally binding because of the doctrine of precedent. That discovery requires nothing more than an interpretation of the precedent to establish its *ratio*. Analogical argument is a form of justification of new rules laid down by the courts in the exercise of their law-making discretion»⁵⁷¹.

Für RAZ' Theorie ist also die *ratio* des Präjudizes entscheidend, um zu bestimmen, ob ein Präzedenzfall eine verbindliche Regel in einem neuen Fall darstellt oder ob analoge Überlegungen erforderlich sind, um den Präzedenzfall auf neue Fälle aus-

⁵⁶⁷ Sunstein, Legal Reasoning, S. 71.

⁵⁶⁸ Sunstein, Legal Reasoning, S. 71.

⁵⁶⁹ Raz, Authority of Law, S. 202.

⁵⁷⁰ Raz entwickelt für die Darstellung ein Logikmodell, das für den hiesigen Kontext jedoch nicht zielführend ist; vgl. Raz, Authority of Law, S. 183 und 202.

⁵⁷¹ Raz, Authority of Law, S. 202.

zudehnen⁵⁷². Eine analoge Argumentation ist nur dann erforderlich, wenn der neu zu beurteilende Fall ausserhalb der *ratio* des Präjudizes liegt. Für RAZ bestimmen dabei die *Fakten*, ob eine analoge Begründung erforderlich ist⁵⁷³.

1.4 Nutzbarmachung für das kontinentale System

Eine rein faktenbasierte Unterscheidung kann im kontinentalen System im Vorhinein nicht zielführend sein. Dies kontrastiert mit dem Verständnis der Norm als primärer Rechtsquelle⁵⁷⁴. Gleichwohl können gewisse Ähnlichkeiten im Umgang mit Präjudizien durch das schweizerische Höchstgericht aufgezeigt und mit Blick auf eine kontinentale Theorie der Rechtsanwendung analysiert werden.

Insbesondere kann, wie sich zeigen wird, die Unterscheidung fruchtbar gemacht werden, ob die Erkenntnisse zur bereits entschiedenen Rechtssache analog im Sinne eines «governing principle» (zur Eruierung der Regelungsidee) oder aber direkt als Regel *herangezogen* werden. Hierfür – für die Heranziehung bisheriger Erkenntnisse entweder als Hilfe für die Eruierung der Regelungsidee oder direkt als Regel – werden die Begriffe der indirekten bzw. direkten Analogie eingeführt.

Das vergleichende Heranziehen von *Case Law* kann – wie sich insbesondere bei der Betrachtung der Grundrechte zeigt (vgl. unten, Kap. 3 VI 3) – demnach auf zwei unterschiedliche Arten erfolgen. Einerseits können neu zu beurteilende Fallkonstellationen hinreichend nah an einer bereits entschiedenen Konstellation sein, sodass sie anhand derselben bereits für solche Sachverhaltskonstellationen entwickelten Massstäbe (Regeln) direkt (rechtssatzartig) subsumiert werden können (*direkte Analogie*). Andererseits kann *Case Law* herangezogen werden, um die Regelungsidee einer Norm, die sich anhand von Einzelfällen in ihren unterschiedlichen Facetten zeigt, zu verdeutlichen oder zu veranschaulichen (*indirekte Analogie*).

Auf die Unterscheidung ist im Rahmen der Präjudiziendiskussion zurückzukommen.

⁵⁷² Vgl. Raz, *Authority of Law*, S. 202.

⁵⁷³ Vgl. Raz, *Authority of Law*, S. 202.

⁵⁷⁴ Vgl. zur historischen Entwicklung der Abgrenzung der Überlieferung zur Rechtsquelle in der Schweiz Susan Emmenegger/Axel Tschentscher, Einleitung, Art. 1–9 BK-ZGB 2012, N. 29 ff. ad Art. 1; Schmid, *Bewährte Lehre*, S. 191 ff., 195 f.

2. Methodik des Fallrechts

2.1 Fragestellung

Wie aus der Analyse des analogen Denkens ersichtlich wird, stellt die Orientierung an *vergleichbaren Fällen* einen fundamentalen Erkenntnisschritt im Rahmen der Rechtsfindung dar. Der Rechtsfindungsprozess ist dadurch gekennzeichnet, dass der Rechtsanwender die Interpretationsfrage nicht allein anhand einer begrifflichen Auslegung der einschlägigen Vorschriften angeht, sondern – soweit vorhanden – entschiedene Fallkonstellationen heranzieht. Insofern fliesst die bestehende Rechtsprechung unmittelbar in den Vorgang der Ermittlung des geltenden Rechts ein⁵⁷⁵.

Zu denken ist unter dem Blickwinkel der Präjudizien zunächst an *gleiche* Fallkonstellationen im Sinne eines übereinstimmenden äusseren Interessenkonflikts wie beispielsweise vergleichbare Situationen in einem Bewilligungsverfahren für die Berufszulassung. Sehr rasch zeigt sich jedoch, dass kaum je ein höchstichterlich zu beurteilender Fall genau gleich liegt wie ein anderer. Jede zu beurteilende Streitkonstellation bringt, sei es hinsichtlich der Prozessgeschichte, der Sachverhaltsfeststellung oder der Parteivorbringen, leichte bis erhebliche Abweichungen von bereits entschiedenen Fällen mit sich.

Vor diesem Hintergrund wäre es verkürzt, bei der Analyse der Bedeutung der Rechtsprechung in der Rechtsfindung ausschliesslich von Präjudizien als Gleichbehandlung entschiedener *gleichgelagerter* Fallkonstellationen zu sprechen. *Ausgangspunkt* muss vielmehr sein, dass kein neu zu beurteilender Fall je identisch mit einem bereits beurteilten Fall ist⁵⁷⁶. Ausführungen aus bereits entschiedenen Fallkonstellationen werden für die Rechtsfindung im Bewusstsein herangezogen, dass diese in gewisser Hinsicht gleich, in anderer Hinsicht unterschiedlich sind⁵⁷⁷. Insofern weicht jeder neu zu beurteilende Fall von bereits entschiedenen Fallkonstellationen ab, ist jedoch gleichwohl zu diesen in Bezug zu setzen. Oder anders gewendet: Bereits beurteilte Fallkonstellationen fliessen zumindest vergleichend (analog) in die Rechtsfindung ein.

⁵⁷⁵ Vgl. Payandeh, Rechtserzeugung, S. 477.

⁵⁷⁶ Dies ist Ausdruck der Vielheit der Lebenssachverhalte.

⁵⁷⁷ Vgl. die Ausführungen zur analogen Denkweise; oben, Kap. 2 III 2 2.4.

Dabei existiert eine *Vielschichtigkeit der Präjudiziellen Wirkungen*⁵⁷⁸, die im Rahmen der Rechtsfindung zu differenzieren sind. Für die Analyse der Rechtsfindung stellt sich entsprechend die Frage, *in welcher Form* Vorentscheidungen in die Einzelfallbeurteilung einfließen, *welche normativen Wirkungen* von ihnen ausgehen und mit welcher Methodik sie heranzuziehen sind.

2.2 Begriffsdefinitionen: Präjudizien, Praxis, Präjudizielle Erwägungen

Die Analyse der Funktion von Präjudizien in der Rechtsfindung erfordert zunächst Begriffsklärungen und -definitionen. In funktioneller Hinsicht zu unterscheiden sind in diesem Zusammenhang insbesondere die Begriffe der *Präjudizien*, der *Praxis* sowie der *Präjudiziellen Erwägungen*. Präjudizien, eine Praxis und Präjudizielle Erwägungen haben insbesondere dort Bedeutung, wo die Rechtsnorm nicht hinreichend bestimmt ist, um aus ihr direkt und rein deduktiv die Rechtsfolgen ableiten zu können. Der Einbezug von Präjudizien und Präjudiziellen Erwägungen hat eigenständige Bedeutung, wenn dem Gericht ein *Auslegungsspielraum* zukommt.

Präjudizien sind entschiedene konkrete Fallkonstellationen, die für weitere Fallkonstellationen relevant werden. In der Regel werden Urteile, die von grundsätzlicher Bedeutung sind, in die amtliche Sammlung der Bundesgerichtsentscheide aufgenommen⁵⁷⁹. Ihr Gegenstand bestimmt sich in der Regel durch die vorinstanzlich festgestellten Sachverhaltselemente, die Vorbringen der Parteien und die im Urteil ausgewiesenen Anwendungsformen der Norm durch das Gericht. Präjudizien sind insofern Antworten auf typische oder typisierbare Fallkonstellationen, die von den Anträgen der Parteien, von dogmatischen Vorverständnissen, von der Rechtsprechungsgeschichte oder auch von Gerichtskulturen mitbestimmt werden⁵⁸⁰.

In einem engen Zusammenhang steht der Begriff der *Praxis*. Die Praxis ist die bestehende (oder «gefestigte») Rechtsprechung; sie bezieht sich auf eine Mehrzahl

⁵⁷⁸ Vgl. ähnlich Payandeh, Rechtserzeugung, S. 494.

⁵⁷⁹ Vgl. Art. 58 Abs. 1 BGerR; nach Abs. 2 entscheidet die zuständige Abteilung über die Veröffentlichung in der amtlichen Sammlung. Die Veröffentlichung kann auf Vorschlag des Abteilungspräsidenten erfolgen oder aber auf Vorschlag einer der mitwirkenden Richterinnen und Richter. Vgl. dazu auch Raselli, Präjudizen, insb. Kap. VII.1.

⁵⁸⁰ Albers, Rechtsfindung, S. 286.

von entschiedenen Fallkonstellationen (Präjudizien). Hat das Gericht eine Reihe von Fällen gestützt auf die gleichen Erwägungen gleich entschieden, hat sich eine Praxis etabliert; für die Entwicklung dieser Praxis spricht man oft auch von Rechtsprechungslinien. Die bestehende Rechtspraxis entfaltet ein massgebliches Gewicht im Rahmen der Rechtsfindung. Abweichungen sind von Verfassung wegen an relativ hohe Hürden geknüpft⁵⁸¹. Das Abweichen von Präjudizien ist unter dem Gesichtswinkel (insbesondere) des Rechtsgleichheitsgebots von Art. 8 der Verfassung problematisch⁵⁸²; die Abkehr von der fest etablierten Rechtsprechung ist für die Gerichte nur unter den qualifizierten Voraussetzungen der Praxisänderung möglich⁵⁸³.

Wesentlich und neu einzuführen ist hier der Begriff der «Präjudiziellen Erwägungen». *Präjudizielle Erwägungen* werden durch die Konkretisierung der Norm, d.h. die Setzung von Anwendungsprämissen von den Gerichten, gebildet. Sie entstehen durch die in den vorangehenden Kapiteln in den Grundzügen dargestellten Normkonkretisierungen, die zu abstrakten Anwendungsregeln zur Umsetzung der normativen Vorgaben führen. In der Regel sind Normen erst dadurch hinreichend bestimmt für die Ableitung der Rechtsfolge für den Einzelfall. Solche Anwendungsmassstäbe werden in der methodischen Literatur wenig thematisiert; für sie (und ähnliche Erkenntnisschritte) werden unterschiedliche Begriffe verwendet. ANDREAS VOSSKUHL spricht etwa mit Bezug auf das deutsche Bundesverfassungsgericht von «verfassungsgerichtlichen Massstäben»⁵⁸⁴.

Diese Normkonkretisierungen erfahren gleichzeitig – als angewendete Prüfungsmassstäbe – eine spezifische Relevanz für weitere Normanwendungsprozesse. Da die Normkonkretisierungen die Tragweite der Norm *in concreto* abbilden, sind sie als *Anwendungsmassstäbe* (bzw. -voraussetzungen) eingeführt worden. Mit spezifischem Blick auf die Schutzwirkung der Norm für verhältnismässige Einschränkungen von Grundrechten bietet es sich an, sie als *Grenzkriterien* zu bezeichnen, zumal sie den grundrechtlichen Mindeststandard sichern. Wichtig ist dabei zu sehen, dass entwickelte Anwendungsmassstäbe oder Grenzkriterien zur Norm im Spruchkörper (soweit sie mehrheitsfähig sind⁵⁸⁵) als *Fallentscheidungsregeln* ge-

⁵⁸¹ Vgl. hierzu oben, Kap. 3 IV 3.

⁵⁸² Vgl. auch Art. 9 BV.

⁵⁸³ Vgl. oben, Kap. 3 IV 3.

⁵⁸⁴ Vosskuhle, Rechtsprechen, N. 7.

⁵⁸⁵ Vgl. dazu auch unten, Kap. 4 II, insb. II 2.

handhabt werden. Sie sind der Massstab, anhand dessen entschieden wird, ob eine konkret zu beurteilende Fallkonstellation die Rechtsfolgen der Norm auslöst.

Genau in dieser Form entfalten die Anwendungsmassstäbe ihrerseits für neu zu beurteilende, (hinreichend) ähnlich gelagerte Fallkonstellationen präjudizielle Wirkungen: Um die Rechtsgleichheit zu gewährleisten, werden die Fallkonstellationen am selben Massstab geprüft. Die Präjudiziellen Erwägungen umschreiben vom Gericht entwickelte *abstrakte Regeln*, die aus verfassungsrechtlichen Gründen für vergleichbare Fallkonstellationen herangezogen werden müssen. Diese spezifische Funktion der Normkonkretisierung ist strukturell als verfassungsrechtlich fundierter, unabdingbarer Bestandteil der Rechtsfindung zu begreifen⁵⁸⁶.

Von grösster Bedeutung ist demnach, dass das Gericht Normen für neu zu entscheidende Fallkonstellationen im Rahmen der Auslegung nicht nur durch Anwendungsprämissen begrifflich konkretisiert, sondern hierfür insbesondere anhand entschiedener Konstellationen entwickelte *Fallentscheidungsregeln heranzieht*. Gerichte machen sich auf diese Weise die Erfahrung bereits entschiedener Konstellationen zunutze. Aus dieser Perspektive wird ersichtlich, dass der vertiefte und differenzierte Umgang mit entschiedenen Fallkonstellationen auch wissenschaftlich unerlässlich ist. Doch in welcher Form soll ihre Darstellung methodologisch erfolgen?

2.3 Verfassungsrechtliche Grundlagen

Präjudizien werfen zunächst grundlegende verfassungsrechtliche Fragen auf, etwa im Zusammenhang mit der *Rechtsbindung* des Gerichts (Art. 5 Abs. 1 BV)⁵⁸⁷. Mit dem Grundsatz der Rechtsbindung ist im demokratischen Verfassungsstaat namentlich die Forderung verflochten, dass der Rechtsanwender das von der demokratischen Gesetzgebung (Vor-)Entschiedene respektiert⁵⁸⁸. Nach *Art. 164 Abs. 1 BV* sind alle wichtigen rechtsetzenden Bestimmungen in der Form des Bundesgesetzes zu erlassen; wichtige Fragen sollen von der demokratisch legitimierten Ge-

⁵⁸⁶ Vgl. sogl. unten und Kap. 4 I 3 3.4.

⁵⁸⁷ Vgl. von einer ähnlichen gewichtigen Bedeutung ausgehend für den deutschen Kontext auch Payandeh, Rechtserzeugung, S. 3.

⁵⁸⁸ Zum Primat des demokratisch Vorentschiedenen: Rhinow, Methodik, S. 188 f., und Germann, Judikatur, S. 23 ff.; SGK-BV, Schindler, N. 12 ad Art. 5 mit Hinweisen zur historischen Entwicklung.

setzung geregelt werden⁵⁸⁹. Wenn ein Gericht einen Fall entscheidet, besteht keine *Bindungswirkung* an Präjudizien wie bei einem Gesetz⁵⁹⁰. Da jedoch die von der Gesetzgebung erlassene Norm für ihre Deduktion in aller Regel nicht hinreichend bestimmt ist⁵⁹¹, ist sie durch die Rechtsanwendung zu konkretisieren. Die Konkretisierung muss im Rahmen der Strukturwirkung des Verfassungsrechts erfolgen⁵⁹². Präjudizien und Präjudizielle Erwägungen beinhalten für Interpretationsräume bereits mehrfach verwendete und insofern etablierte, gefestigte Anwendungsprämissen für Normen bei spezifischen Fallkonstellationen. Präjudizien, Präjudizielle Erwägungen und eine Praxis sind insofern essentielle Instrumente, um die Rechtsbindung über variantenreiche Fallkonstellationen sicherzustellen.

Die Rechtsbindung impliziert eine rechtsgleiche und willkürfreie Fallbeurteilung. Verfassungsrechtliche Vorgaben für den Umgang mit Präjudizien ergeben sich auch aus Art. 8 und 9 BV. Gerichte sind dem Rechtsgleichheitsgebot (Art. 8 BV) verpflichtet und insbesondere wegen des Willkürverbots (Art. 9 BV) gehalten, keine Entscheide zu erlassen, die in sich widersprüchlich sind⁵⁹³. Für die Rechtsfindung ist nach Massgabe des Gleichheitsgebots zunächst entscheidend, dass Fallkonstellationen rechtsgleich beurteilt werden⁵⁹⁴. Art. 8 BV verpflichtet die Behörden, «nach einheitlichen, über den Einzelfall hinaus gültigen Kriterien vorzugehen, mit anderen Worten eine Praxis zu bilden»⁵⁹⁵. Da die Änderung einer bestehenden Praxis «zwangsläufig mit einer Ungleichbehandlung der früheren und der neuen Fälle verbunden ist»⁵⁹⁶, sind an sie unter Berücksichtigung von Art. 8 BV spezifische Anforderungen entwickelt worden. Eine Praxisänderung «lässt sich grundsätzlich nur begründen, wenn die neue Lösung besserer Erkenntnis der *ratio legis*, veränderten äusseren Verhältnissen oder gewandelten Rechts-

⁵⁸⁹ Dazu Gächter, Rechtsanwendung, § 26 N. 8; BSK-BV, Wyttenbach/Wyss, N. 4 ad Art. 164; Biaggini, BV-Kommentar, N. 3 ad Art. 164. Vgl. auch Art. 141 Abs. 1 lit. d Ziff. 3 BV (Erfordernis des fakultativen Referendums).

⁵⁹⁰ Vgl. Art. 5 Abs. 1 BV.

⁵⁹¹ Vgl. hiervor Kap. 2 III 1 1.2.

⁵⁹² Vgl. Germann, Judikatur, S. 23.

⁵⁹³ Vgl. für den Gesetzgeber Biaggini, Verfassung und Richterrecht, S. 253 ff. mit Verweis auf Thürer, Willkürverbot, S. 478; Uhlmann, Willkürverbot, S. 78 ff.

⁵⁹⁴ Vgl. BGE 140 I 201 E. 6.5.1 S. 210; 129 I 113 E. 5.1 S. 125 f. Vgl. auch Germann, Judikatur, S. 19: «Daß den Präjudizien über den Einzelfall hinaus Bedeutung zukommt, beruht auf den Grundsätzen der Rechtsgleichheit und der Rechtssicherheit».

⁵⁹⁵ BGE 125 II 152 E. 4c/aa S. 162.

⁵⁹⁶ BGE 125 II 152 E. 4c/aa S. 163.

anschauungen entspricht»⁵⁹⁷. Die Gründe, die die Nichtbefolgung eines Präjudizes rechtfertigen können, sind dabei ähnlich wie für die Begründung einer Rechtsprechungsänderung⁵⁹⁸.

Umgekehrt ist es von Verfassung wegen geboten, die einer Praxis zugrunde liegenden Erwägungen anzupassen, wenn sich gestützt auf eine neu zu beurteilende Fallkonstellation zeigt, dass diese präjudizierenden Erwägungen den Normsinn nicht (mehr) treffend zum Ausdruck bringen (Art. 8 BV). Der Rechtsanwender darf keine Präjudizien unbesehen auf einen neu zu beurteilenden Fall anwenden, wenn er sieht, dass eine gleiche Falllösung den Normsinn nicht angemessen berücksichtigen kann. Vielmehr besteht die Pflicht, dies zu prüfen und die Präjudiziellen Erwägungen gegebenenfalls – unter Beachtung der spezifischen Voraussetzungen hierzu – anzupassen⁵⁹⁹.

Aus der Verfassung ergeben sich demnach grundlegende Vorgaben für den Umgang mit Präjudizien. Das Verfassungsrecht liefert Vorgaben, kann aber die Wirkung von Präjudizien nicht vollumfänglich determinieren⁶⁰⁰. Die verfassungsrechtlichen Vorgaben bedürfen einer *methodischen Ausdifferenzierung*. Hierfür mag vorab ein kurzer Vergleich mit der Fallrechtshethodik im US-Recht hilfreich sein.

2.4 Zum Vergleich: stare decisis des US-Rechts

a Präjudizienbindung und ihre Ausnahmen

Im angloamerikanischen Recht gibt es eine regelmässige Bindung an ältere Gerichtsentscheidungen. Gerichtsentscheide sind direkte Rechtsquellen⁶⁰¹. Das *Case Law* ist im *Common Law* gleichermassen eine kasuistische Methode zur Lösung von Rechtsproblemen. Im angloamerikanischen Recht hat sich ein ausdifferenziertes Argumentationssystem zum Umgang mit früheren Urteilen entwickelt. Es

⁵⁹⁷ Vgl. etwa BGE 137 V 133 E. 6.1 S. 137. Nach dem BGH müssen für die Rechtsprechungsänderung «deutlich überwiegende oder sogar schlechthin zwingende Gründe» sprechen (BGH, NJW 1983, S. 228; vgl. Payandeh, *Rechtserzeugung*, S. 486).

⁵⁹⁸ Etwas anders Payandeh, *Rechtserzeugung*, S. 473, der von gleichen («dieselben») Gründen spricht.

⁵⁹⁹ Andernfalls läge u.U. aufgrund der «unsachgerechten Gleichbehandlung» ein Verstoß gegen Art. 8 BV vor; vgl. BSK-BV, Waldmann, N. 21, 40 ad Art. 8.

⁶⁰⁰ Vgl. Payandeh, *Rechtserzeugung*, S. 491.

⁶⁰¹ Buhofer, *Analyse*, S. 11.

fokussiert sich auf die Fragen, ob der zu entscheidende Fall von einem bereits entschiedenen in relevanter Weise abweicht («*distinguishing*») oder die dort entwickelte Rechtsregel nicht länger aufrechterhalten werden soll («*overruling*»)⁶⁰². Die *stare decisis* als Methode des US Supreme Court verkörpert die methodische Regel, hinter entschiedenen Streitsachen zu stehen («*to stand by decided matters*»)⁶⁰³. Ein vom Präjudiz abweichendes Urteil soll gemäss der Regel des *distinguishing* nur getroffen werden, wenn sich der konkrete Fall von früheren wesentlich unterscheidet⁶⁰⁴. Die Bindung ist dabei so stark, dass sie nach dem Selbstbekenntnis des US Supreme Court zu Urteilen führt, die er als inhaltlich falsch erachtet, mithin nur aus Gründen der Übereinstimmung mit dem Präjudiz so fällt: «*Respecting stare decisis means sticking to some wrong decisions*»⁶⁰⁵.

Als Gründe des Bekenntnisses zur *stare decisis* werden die legitimen Erwartungen der Rechtsunterworfenen angeführt (*stare decisis* «protects the legitimate expectations of those who live under the law»)⁶⁰⁶. Dabei verstärkt sich die Bindungswirkung des Präjudizes mit der Zeit, wie auch das Vertrauen in das Präjudiz wächst: «*Stare decisis has added force when the legislature, in the public sphere, and citizens, in the private realm, have acted in reliance on a previous decision, for in this instance overruling the decision would dislodge settled rights and expectations or require an extensive legislative response*»⁶⁰⁷. Daraus ergibt sich auch die Erkenntnis, dass der Supreme Court Präjudizien im wirtschaftlichen Kontext besonderes Gewicht gibt, jedenfalls wenn Private darauf vertraut haben: «*Considerations in*

⁶⁰² Schönberger, Rechtsfindung, S. 317.

⁶⁰³ So die Übersetzung des lateinischen Begriffs; vgl. auch *Kimble v. Marvel Entertainment, LLC*, 576 U.S. ____ (2015), slip op. p. 7: «*Stare decisis* – in English, the idea that today’s Court should stand by yesterday’s decisions».

⁶⁰⁴ Honsell/Mayer-Maly, Rechtswissenschaft, S. 71 f.; Forstmoser/Vogt, Einführung, § 16 N. 13.

⁶⁰⁵ *Kimble v. Marvel Entertainment, LLC*, 576 U.S. ____ (2015), slip op. p. 7. Das Urteil 2C_71/2010 vom 22. September 2010 zur Kirchensteuerpflicht juristischer Personen kommt dieser Konzeption nahe; vgl. etwa E. 6 (Bestehen der Praxis über 130 Jahre; sie wurde durch einen Bundesgerichtsentscheid veranlasst). Der Rechtssicherheit wurde der Vorrang gegeben; für eine Praxisänderung wären «besonders gewichtige Gründe» notwendig.

⁶⁰⁶ *Hubbard v. United States*, 514 U.S. 695, 716 (1995); Justice Scalia, concurring in part; vgl. auch Hansford/Spriggs II, Precedent, S. 78, die «clarity, stability, and predictability in the law [...], efficiency [...], judicial legitimacy [...], and fairness» als Vorteile der Doktrin nennen.

⁶⁰⁷ *Hilton v. S.C. Pub. Rys. Comm’n*, 502 U.S. 197, 202 (1991).

favor of stare decisis are at their acme in cases involving property and contract rights, where reliance interests are involved»⁶⁰⁸. Auch die (oft mit Rechtsstaatlichkeit übersetzte⁶⁰⁹) «Rule of Law» wird als Argument für die *stare decisis* angeführt; mithilfe der Rule of Law soll sichergestellt werden, dass das Recht nicht einfach mit einem Wechsel des Spruchkörpers zu einem beliebigen Zeitpunkt substantziellen Änderungen unterworfen ist: «[B]edrock principles are founded in the law rather than in the proclivities of individuals»⁶¹⁰. Schliesslich werden für die Methode der *stare decisis* auch Effizienzgründe angeführt: «[N]o judicial system could do society's work if it eyed each issue afresh in every case that raised it»⁶¹¹.

Trotz der angeführten Gründe soll die *stare decisis* nicht zum Selbstzweck verkommen: «Stare decisis is not an inexorable command; rather, it is a principle of policy and not a mechanical formula of adherence to the latest decision»⁶¹². In seinen Erwägungen zur Frage, ob die Entscheidung *Roe*⁶¹³ zu verwerfen sei, hielt der Supreme Court denn auch fest: «[W]hen this Court reexamines a prior holding, its judgment is customarily informed by a series of prudential and pragmatic considerations designed to test the consistency of overruling a prior decision with the ideal of the rule of law, and to gauge the respective costs of reaffirming and overruling a prior case»⁶¹⁴. Das Gericht entwickelt hieraus gewisse Leitkriterien⁶¹⁵, um von einem Präjudiz abzuweichen (*overruling*): «[W]e may ask whether the rule

⁶⁰⁸ *Payne v. Tennessee*, 501 U.S. 808, 828 (1991).

⁶⁰⁹ Thürer, Demokratie und Rule of Law, S. 16 f.

⁶¹⁰ *Vazquez v. Hillery*, 474 U.S. 254, 265 (1986).

⁶¹¹ *Planned Parenthood of Southeastern Pennsylvania v. Casey*, 505 U.S. 833, 854 (1992). Vgl. Auch Cardozo, Judicial Process, S. 149: «[T]he labor of judges would be increased almost to the breaking point if every past decision could be reopened in every case, and one could not lay one's own course of bricks on the secure foundation of the courses laid by other who had gone before him».

⁶¹² *Payne v. Tennessee*, 501 U.S. 808, 828 (1991) mit Verweis auf *Helvering v. Hallock*, 309 U.S. 106, 119 (1940).

⁶¹³ *Roe v. Wade*, 410 U.S. 113 (1973; Recht auf Abtreibung).

⁶¹⁴ *Planned Parenthood of Southeastern Pennsylvania v. Casey*, 505 U.S. 833, 854 (1992); siehe nunmehr allerdings *Dobbs et al. v. Jackson Women's Health Organization et al.*, 2022, slip op.

⁶¹⁵ Je nach Fallkonstellation sind unterschiedliche Kriterien einschlägig; vgl. *Janus v. Am. Fed. of State, County, & Mun. Employees, Council 31*, No. 16-1466, 585 U.S. ____ (2018), slip op. p. 34: «Our cases identify factors that should be taken into account in deciding whether to overrule a past decision. Five of these are most important here: [...]».

has proven to be intolerable simply in *defying practical workability* [...]; whether the rule is subject to *a kind of reliance that would lend a special hardship* to the consequences of overruling and add inequity to the cost of repudiation [...]; whether related principles of law have so far developed as to have left the old rule no more than *a remnant of abandoned doctrine* [...]; or whether *facts have so changed, or come to be seen so differently*, as to have robbed the old rule of significant application or justification»⁶¹⁶. In einem neueren Entscheid wurden «the *quality* of [the precedent's] *reasoning*, the *workability* of the rule it establishes, its *consistency* with other related decisions, *developments* since the decision was handed down, and *reliance* on the decision»⁶¹⁷ genannt. Zudem wird teilweise das Alter der Entscheidung («*antiquity*») als weiteres zu berücksichtigendes Kriterium in die Überlegungen miteinbezogen⁶¹⁸. Es zeigt sich somit, dass der Supreme Court keinen gleichbleibenden Katalog an Gründen für eine Praxisänderung definiert⁶¹⁹. Unter spezifischen Voraussetzungen – und diese werden heute häufiger herangezogen als früher⁶²⁰ – ist es demnach möglich, von einem bindenden Präjudiz abzuweichen. Hinsichtlich gewisser Präjudizien wird teilweise die Meinung vertreten, dass sie sog. *super precedents* darstellen, welche vom Konzept des *overruling* ausgeschlossen sind⁶²¹.

⁶¹⁶ *Planned Parenthood of Southeastern Pennsylvania v. Casey*, 505 U.S. 833, 854–55 (1992). Hervorhebungen durch die Autorin.

⁶¹⁷ *Janus v. Am. Fed. of State, County, & Mun. Employees, Council 31*, No. 16–1466, 585 U.S. ____ (2018), slip op. pp. 34–35 (2018). Hervorhebungen durch die Autorin.

⁶¹⁸ *Montejo v. Louisiana*, 556 U.S. 778, 791–97 (2009).

⁶¹⁹ Der heutige Supreme-Court-Richter Samuel Alito hielt denn auch in Bezug auf die Praxis des *overruling* Folgendes fest: «Well, I think what needs to be done is a consideration of all of the factors that are relevant. This is not a mathematical formula. It would be a lot easier for everybody if it were. But it is not. The Supreme Court has said that this is a question that calls for the exercise of judgment»; *Confirmation Hearing on the Nomination of Samuel A. Alito, Jr. To Be an Associate Justice of the Supreme Court of the United States: Hearing Before the S. Comm. on the Judiciary*, 109th Cong. 399 (2006). Etwas enger diesbezüglich das Bundesgericht; vgl. BGE 144 III 175 E. 2 S. 177 f.: «Eine Praxisänderung lässt sich grundsätzlich nur begründen, wenn die neue Lösung besserer Erkenntnis der ratio legis, veränderten äusseren Verhältnissen oder gewandelten Rechtsanschauungen entspricht, andernfalls ist die bisherige Praxis beizubehalten».

⁶²⁰ Vgl. J. P. Müller, Freiheit, S. 62 f.

⁶²¹ Vgl. die Darstellung bei Gerhardt, Power of Precedent, S. 177 ff. Ein Beispiel ist etwa die Entscheidung *Marbury v. Madison*, 5 U.S. 137 (1803), in welcher der Supreme Court festhielt, dass Bundesgesetze auf ihre Verfassungsmässigkeit überprüft werden

b Mandatory vs. persuasive authority

Die dargestellte Regel der *stare decisis* bezieht sich allerdings nur auf Präjudizien mit verbindlicher Wirkung. Eine grosse Bedeutung hat entsprechend die Frage, welchen Präjudizien oder welchen Erwägungen der Urteile verbindliche Wirkung zukommt. Das *Common Law* unterscheidet in diesem Zusammenhang zwischen *mandatory* bzw. *binding authority* («*binding precedents*») und *persuasive authority* («*persuasive precedents*»)⁶²². Die *binding precedents* haben eine unmittelbare Bindungswirkung für das Gericht. Entscheide von unteren Gerichten oder auch ausländischen Gerichten werden demgegenüber als «*persuasive authority*» bezeichnet⁶²³. Der Begriff wird verwendet, wenn Gerichte zitiert werden, von deren Urteilen keine verbindliche Wirkung ausgeht⁶²⁴. Kommt einem *precedent* nur *persuasive authority* zu, so ist das Gericht in einer späteren Entscheidung zwar gehalten, die im vorgehenden Entscheid entwickelten Regeln zu *berücksichtigen*; es kann indessen auch davon abweichen⁶²⁵. Im Rahmen der «*persuasive authority*» gibt es dabei verschiedene Grade der Geltung. Es kommt bisweilen vor, dass ein Gericht bei einer späteren Entscheidung, obwohl es nicht gebunden ist, hiervon nur abweichen kann, wenn besonders wichtige Gründe gegeben sind⁶²⁶.

Der britische Rechtstheoretiker LAMOND fasst die verschiedenen Quellen der «*persuasive authority*» wie folgt zusammen: «In the common law itself, the most obvious example of non-binding but relevant considerations are *obiter dicta*. At the very least, *obiter dicta* include those statements of law made by a court that were not relied upon in reaching the decision in a case. Although such dicta are not binding on courts in subsequent cases, they are regularly cited in argument

und allenfalls für nichtig erklärt werden könnten (sog. *judicial review*; Gerhardt, *Super Precedent*, S. 1208 f.).

⁶²² Cross/Harris, *Precedent*, S. 3 f.; Coing, *Präjudizien*, S. 279; Gerhardt, *Power of Precedent*, S. 151 ff.; Kischel, *Comparative Law*, S. 241 f.; Schlüchter, *Präjudizien*, S. 72 ff.

⁶²³ Der Begriff hat sich in den USA nicht vollständig durchgesetzt; es wird teilweise auch von einem «*non binding precedent*» gesprochen; vgl. Bhala, *Stare Decisis*, S. 917 ff.; Kwok, *Perils*, S. 902 ff. Im Vereinigten Königreich ist er demgegenüber auch in der neueren Literatur gebräuchlich; vgl. Filip, *Expectations*, S. 32.

⁶²⁴ Gerade die Zitierung von ausländischen Urteilen hat in den USA zu grossen Methodendiskussionen geführt; vgl. etwa Glensy, *Selection*, S. 357 ff.; Sperti, *Foreign Precedents*, S. 393 ff.

⁶²⁵ Coing, *Präjudizien*, S. 279.

⁶²⁶ Coing, *Präjudizien*, S. 279.

before those courts and relied upon by judges in reaching their conclusions. In addition, courts cite earlier judgments for observations on the rationale for legal doctrines, and for the existence of legal principles, as well as citing judgments of courts outside their own hierarchy as being «persuasive» precedents. For want of a better term, I will follow a common legal convention by referring to all of these non-binding but legally relevant considerations as «persuasive sources»⁶²⁷.

Auch im US-Rechtssystem kommt die Unterscheidung vor, wenngleich sich die Begrifflichkeit der *persuasive authority* insbesondere (aber nicht nur) auf untergeordnete Rechtsquellen bezieht⁶²⁸. SCHAUER fasst die Unterscheidung zwischen binding und persuasive authority insbesondere hinsichtlich des dem Gericht zustehenden Ermessens zusammen: «[B]inding obligation to follow the decision of a higher court (or an earlier decision of the same court, when a strong norm of stare decisis exists) is in contrast, so it is said, with a court's discretion to choose whether to follow a persuasive authority, such as a decision of a court in another jurisdiction or a so-called secondary authority»⁶²⁹.

⁶²⁷ Lamond, *Persuasive Authority*, S. 16.

⁶²⁸ Nach CHAD FLANDERS, sind mögliche Quellen der *persuasive authority* «those things which are not binding on courts but to which courts, in the course of their reasoning, sometimes refer.

1. Other courts outside of the court's own jurisdiction, whether other circuit courts or other state courts (majority and concurring opinions).
2. The laws of other states or of the federal government and agency regulations.
3. Legislative history or debates, especially if the question is one of statutory interpretation.
4. Restatements of the law, such as the Restatement of Torts or Contracts.
5. Treatises, such as Lawrence Tribe's *American Constitutional Law*.
7. Law review articles, notes, and comments.
8. Other academic sources, such as book-length treatments of an issue (e.g., John Rawls's *Theory of Justice*) or empirical or economic studies of a certain matter.
9. General interest sources (books, periodicals, and possibly literary sources).
10. General news sources (newspapers and magazines).
11. Internet sources, including blogs.
12. Moral principles themselves, such as the golden rule or the idea of equality.

Discouraged, but in principle possible sources: memorandum opinion and judgments, the Bible, the *National Enquirer*, the judge's father-in-law»; Flanders, *Theory of Persuasive Authority*, S. 63 f. (zitiert unter Weglassung der Fussnoten).

⁶²⁹ Schauer, *Authority*, S. 1940; als Beispiele genannt werden «a treatise or law review article». FREDERICK SCHAUER fährt hinsichtlich der *secondary authority* fort: «[U]nlike a court that is under an obligation to follow the decision of a higher court in the same jurisdiction, here [with relevance to a secondary authority] a court is conventionally

Aus alledem folgt eine besondere Aufmerksamkeit für die verbindlich entschiedenen Fallkonstellationen, für Berücksichtigungspflichten wie auch für die Unterscheidung zwischen tragenden Gründen (*ratio decidendi*⁶³⁰; «holding») und *obiter dicta*⁶³¹. Während die *ratio* die Bindungswirkung nach der *stare decisis* auslöst, kommt den *dicta* keine entsprechende Bindungswirkung zu.

Als kanonische Richtschnur für die Trennung der *dicta* von der *ratio* wird in den USA oft die Position von Chief Justice John Marshall im Urteil *Cohens v. Virginia*, 19 U.S. (6 Wheat.) 264 (1821), herangezogen. Marshall schreibt: «It is a maxim, not to be disregarded, that general expressions, in every opinion, are to be taken in connection with the case in which those expressions are used. If they go beyond the case, they may be respected, but ought not to control the judgment in a subsequent suit, when the very point is presented for decision»⁶³². Bindend sind also mit Blick auf die Falllösung erforderliche Argumentationen.

Dass die Unterscheidung zwischen *ratio* und *dicta* dabei oft nicht trennscharf zu treffen ist, reflektiert die US-Literatur vertieft, namentlich durch die Einführung von diversen *dicta*-Stufen. Da die Bindungswirkung im europäischen Kontext der Rechtsfindung einen anderen – generell-abstrakten – normativen Ausgangspunkt hat, soll auf die Unterscheidung zwischen *ratio* und *dicta* als Variationen der Bindungswirkung nach dem US-Recht nur hingewiesen werden: «[T]he various gradations of dicta might best be envisioned on a spectrum, with the left end comprised of the court's offhand remarks and side comments, referred to by some as *obiter dicta*, and the right end occupied by the court's reasoned conclusions about the law, often labeled *judicial dicta* or *considered dicta*. The further a particular statement of dictum falls toward the right end of the spectrum, the more likely it is to garner future precedential effect»⁶³³.

understood to be following only those decisions or conclusions whose reasoning the court finds persuasive»; Schauer, *Authority*, S. 1940.

⁶³⁰ «The *ratio decidendi* of a case is any rule of law expressly or impliedly treated by the judge as a necessary step in reaching his conclusion, having regard to the line of reasoning adopted by him, or a necessary part of his direction to the jury» (Cross/Harris, *Precedent*, S. 72).

⁶³¹ Schönberger, *Rechtsfindung*, S. 317; Schauer, *Precedent*, S. 571 ff.; Fikentscher, *Methoden*, S. 62 ff., 95 ff.

⁶³² *Cohens v. Virginia*, 19 U.S. (6 Wheat.) 264 at 399 (1821).

⁶³³ Durham Taylor, *Supreme Court Dicta*, S. 93 f.

3. Normative Wirkung von Präjudizien

3.1 Norm als Ausgangspunkt

Es ist nicht zu übersehen, dass die Präjudizienbindung im klassischen *Case Law* anderer Art ist als in einer kontinentalen Rechtsordnung⁶³⁴. Das Präjudiz hat in Letzterer grundsätzlich keine *binding authority*. Insbesondere findet sich in den kontinentalen Rechtskreisen kein starres «*stare decisis*», wie es (traditionell und nunmehr mit den angeführten Einschränkungen⁶³⁵) im angelsächsischen Rechtskreis gilt. Ausgangspunkt der Rechtserkenntnis im *Case Law* ist das Präjudiz als Rechtsquelle, im kontinentaleuropäischen System hingegen die *Norm*. Auch der im *Common Law* massgeblichen Unterscheidung zwischen *ratio decidendi* und *obiter dicta* kommt in der kontinentalen Rechtsordnung daher kein gleichrangiger Stellenwert zu⁶³⁶.

Präjudizien sind nach dem vorherrschenden kontinentalen Verständnis denn auch keine Rechtsquelle⁶³⁷. Im 18. und 19. Jahrhundert wurden die meisten Rechtsordnungen kodifiziert und dabei das geschriebene Recht zur mehr oder weniger einzigen Rechtsquelle erklärt⁶³⁸. Dieses Verständnis geht auf die Aufklärung zurück, in der das zu jener Zeit entwickelte Kodifikationsmodell auf Exklusivität ausgerichtet wurde. Die Exklusivgeltung kommt dadurch zum Ausdruck, dass keine subsidiären Rechtsquellen genannt werden und die Kodifikationen keine Ermächtigungen enthalten, solche Rechtsquellen zu berücksichtigen⁶³⁹. Die Kodifikationsidee ist von der Lückenlosigkeitsfiktion beherrscht, die ihren Ursprung in der traditionellen Gewaltenteilungslehre hat⁶⁴⁰: Die Anwendung des Gesetzes ist Sache des Gerichts, während die Rechtsschöpfungsbefugnis der Legislativen zukommt⁶⁴¹. Nach der hier vertretenen Ansicht hat beides als überwunden zu gelten⁶⁴².

⁶³⁴ Siehe dazu ausführlich Kramer, Methodenlehre, 6. A., S. 322 ff.

⁶³⁵ Vgl. auch J. P. Müller, Freiheit, S. 63 (Fn. 136).

⁶³⁶ Vgl. dazu unten, Kap. 3 V. 5.

⁶³⁷ Payandeh, Rechtserzeugung, S. 496.

⁶³⁸ Vgl. Bucher, Rechtsüberlieferung, S. 421 ff.

⁶³⁹ Bucher, Rechtsüberlieferung, S. 426 f.

⁶⁴⁰ Für einen Überblick vgl. Biaggini, Verfassung und Richterrecht, S. 27 ff., 228 ff.

⁶⁴¹ Bucher, Rechtsüberlieferung, S. 422.

⁶⁴² Vgl. bereits Biaggini, Verfassung und Richterrecht, S. 234 ff.

Im schweizerischen Recht wird (immerhin) spezifisch auf Präjudizien als Rechtsquellen Bezug genommen: *Art. 1 ZGB* nennt neben der subsidiären Rechtsquelle des Gewohnheitsrechts, dem faktisch nur noch geringe Bedeutung zukommt⁶⁴³, als «sub-subsidiäre» Rechtsquellen die bewährte Lehre und Überlieferung⁶⁴⁴. Dabei wird die Praxis der Gerichte insbesondere nach neuerem Verständnis als zur «bewährten Überlieferung»⁶⁴⁵ zugehörig verstanden⁶⁴⁶. Es ist dabei umstritten, ob sich die Formulierung «Kann dem Gesetz keine Vorschrift entnommen werden [...]» nach *Art. 1 Abs. 2 ZGB* ausschliesslich auf sog. Lücken bezieht oder nicht⁶⁴⁷. Geht man wie hier – u.a. gestützt auf den Umstand, dass «Vorschrift» nicht bloss eine spezifische Gesetzesnorm meinen muss, und den Umstand, dass Lücken in der Bestimmung nicht erwähnt werden⁶⁴⁸ – davon aus, dass sich diese Formulierung nicht ausschliesslich auf Lücken bezieht, so erstreckt sich die Anerkennung der Präjudizien als sub-subsidiäre Rechtsquelle auch auf die Anwendung des Rechts (*Art. 1 Abs. 1 ZGB*)⁶⁴⁹.

Ein gewisser Grad an formeller Bindung an Präjudizien ergibt sich, wie oben in Ziff. 2.3. dargelegt, auch aus dem *Verfassungsrecht*. *Art. 8 BV* verpflichtet die Gerichte, Fälle rechtsgleich zu beurteilen bzw. aus sachlichen Gründen zu differenzieren. *Art. 9 BV* untersagt den rechtsanwendenden Behörden, widersprüchliche Urteile zu fällen. Aus der Verfassung ergeben sich demnach Formen der Verpflichtung zur Berücksichtigung von Urteilen. Soweit nicht identische Fallkonstellationen zur Beurteilung anstehen, ist die Bindung unter dem Gesichtswinkel des Verfassungsrechts insofern nicht starr, als zuerst ermittelt werden muss,

⁶⁴³ Vgl. auch BSK-ZGB, Honsell, N. 21 ad *Art. 1*.

⁶⁴⁴ Bucher, Rechtsüberlieferung, S. 433.

⁶⁴⁵ *Art. 1 Abs. 3 ZGB*.

⁶⁴⁶ Vgl. oben, Kap. 1 III 2; BK-ZGB 2012, Emmenegger/Tschentscher, N. 483 f. ad *Art. 1*; BSK-ZGB, Honsell, N. 39 ad *Art. 1*. Der französische Text spricht explizit von «jurisprudence», der italienische von «giurisprudenza». Zurückhaltend noch Meier-Hayoz (BK-ZGB 1966, N. 497 ff. ad *Art. 1*).

⁶⁴⁷ *Art. 1 Abs. 2 ZGB*. Bejahend BK-ZGB 1966, Meier-Hayoz, N. 243 ff., 313 ad *Art. 1*; verneinend ZK-ZGB, Dürr, N. 358 ff. ad *Art. 1*.

⁶⁴⁸ Vgl. auch ZK-ZGB, Dürr, N. 358 ad *Art. 1*. Es wäre zudem schwierig, Normen überhaupt verfassungskonform anzuwenden, wenn nicht die bewährte Überlieferung berücksichtigt würde.

⁶⁴⁹ Vgl. oben, Fn. 646, und unten, Kap. 5 I. So auch die überwiegende Meinung in der Lehre: BK-ZGB 2012, Emmenegger/Tschentscher, N. 474 ad *Art. 1*, und ZK-ZGB, Dürr, N. 543 f. ad *Art. 1* je m.w.H.

ob und inwieweit es sich um eine vergleichbare Konstellation handelt. Bereits entschiedene Fälle werden für die Beurteilung von ähnlichen neuen Sachverhaltskonstellationen massgeblich, indem sie unter der Betrachtungsweise von Art. 9 und insbesondere Art. 8 BV in Bezug zu entschiedenen Konstellationen zu setzen sind.

Vor diesem Hintergrund stellt sich auch im kontinentaleuropäischen Rechtsraum die relevante Frage, welche *über den Einzelfall hinausgehenden Wirkungen* Urteile entfalten⁶⁵⁰. Aus dem Grundsatz des Vorrangs des Gesetzes als primärer Rechtsquelle⁶⁵¹ ist dabei als Prämisse festzuhalten, dass Präjudizien und Präjudizielle Erwägungen ihre Wirkungen *normakzessorisch*, d.h. in engem Zusammenspiel mit den von der Gesetzgebung erlassenen Rechtsnormen, entfalten⁶⁵².

Für das kontinentaleuropäische System methodologisch fruchtbar gemacht werden kann insbesondere der Vergleich mit entschiedenen Fällen. Dabei gilt es einerseits die Frage zu beantworten, wie sich Präjudizien entwickeln und in welcher Form sie herangezogen werden müssen. Andererseits steht zur Analyse offen, welche *normative Wirkung* von ihnen für die Entscheidungsfindung ausgeht.

3.2 Entwicklung von Fallentscheidungsregeln und dogmatische Erschliessung

Wie eingangs dargelegt, werden in der höchstgerichtlichen Rechtsprechung *kaum je identische* Fälle beurteilt. Liegt für einen neu zu beurteilenden Fall keine bereits entschiedene identische Fallkonstellation vor, so sind analoge (vergleichbare) Fälle heranzuziehen. Es erfolgt also die Überprüfung, ob entschiedene *vergleichbare* Fallkonstellationen vorliegen bzw. welche Fallentscheidungsregeln zur Norm in anderen Zusammenhängen bereits entwickelt wurden.

Fallentscheidungsregeln sind in beurteilten Fällen als Anwendungsvoraussetzungen zur Norm entwickelte *Präjudizielle Erwägungen*. Bereits entwickelte Fallentscheidungsregeln werden für die neu zu beurteilende Fallkonstellation herangezogen und es wird überprüft, ob sie auch vor dem neu zu beurteilenden Sachverhalt die durch die Norm gewährte Schutzwirkung adäquat zum Ausdruck bringen. Anwendungsvoraussetzungen lassen sich so vor dem Hintergrund bereits entschiedener Fallkonstellationen spezifischer definieren: Jede entschiedene Fall-

⁶⁵⁰ Vgl. für Deutschland Payandeh, Rechtserzeugung, S. 2.

⁶⁵¹ Art. 1 Abs. 1 ZGB.

⁶⁵² Payandeh, Rechtserzeugung, S. 496.

konstellation gibt eine Erfahrung, wie die Norm wirken kann und soll, und zwar in Form von Fallentscheidungsregeln.

Wie dargelegt, sind analoge Fälle im Vergleich zur neu zu beurteilenden Streitkonstellation in gewisser Hinsicht gleich, in anderer Hinsicht unterschiedlich⁶⁵³. Durch analogische Erkenntnisschritte wird eruiert, ob bereits entschiedene Fallkonstellationen hinreichend ähnlich sind, um sie auch für die neue in Frage stehende Fallkonstellation analog heranzuziehen – sodass die neue Fallkonstellation anhand derselben Anwendungsmassstäbe (Fallentscheidungsregeln) beurteilt werden kann.

Werden vergleichbare Fälle von den Gerichten als direkt analog eingestuft, so werden sie anhand der bereits in früheren Urteilen entwickelten Anwendungsmassstäbe oder Grenzkriterien zur Schutzwirkung der Norm geprüft. Ob eine neu zu beurteilende Sachverhaltskonstellation hinreichend ähnlich ist, um dieselben Prüfungsmassstäbe heranzuziehen, mithin ob es sich rechtfertigt, die neu zu beurteilende Sachverhaltskonstellation unter dieselben Anwendungsmassstäbe zu subsumieren, wird vom Gericht entschieden. Solche Schritte sind durch die Setzung einer Analogieregel wahrheitserweiternd und beinhalten Wertungserfordernisse⁶⁵⁴. Entsprechend werden sie in einem institutionellen System getroffen. Darunter fällt etwa das Erfordernis, dass Urteile in aller Regel durch einen Spruchkörper gefällt werden (Besetzung mit drei oder fünf Richtern, vgl. Art. 20 BGG)⁶⁵⁵.

Bereits zur Konkretisierung der Norm entwickelte Anwendungsprämissen sind also auch für die neu zu beurteilende Fallkonstellation hilfreich. Jedoch nicht nur das, vielmehr erfordern dies die normativen Grundlagen für das Handeln der Gerichtsbehörden: Gemäss dem Rechtsgleichheitsgebot sind hinreichend ähnliche Fallkonstellationen am gleichen Massstab zu messen. Es erfolgt also eine Analyse der bereits entschiedenen Fallkonstellationen anhand der dort entwickelten *Fall-*

⁶⁵³ Oben, Kap. 2 III 2 2.4 d.

⁶⁵⁴ Solche gerichtlichen Erkenntnisschritte werden in der US-Literatur etwa als *Analogy Warranting Rule* (AWR; eine Analogie rechtfertigende Regel) umschrieben, die wahrheitserweiternd ist; vgl. Weinreb, *Legal Reason*, S. 25: «The AWR as initially abduced is only preliminary. Just as the scientist subjects his hypothesis to experiments that confirm or disconfirm it inductively, the legal reasoner tests the AWR by considering whether its application acceptably classifies the target phenomenon and other related phenomena, those that he had in mind when formulating the AWR and others».

⁶⁵⁵ Vgl. unten, Kap. 4 II.

entscheidungsregeln, die für die neue – direkt vergleichbare – Sachverhaltskonstellation herangezogen werden (*direkte Analogie*).

Liegen neu zu beurteilende Sachverhaltskonstellationen nicht hinreichend nah an bereits entschiedenen Konstellationen, werden die in früheren Fällen bereits entwickelten Anwendungsmassstäbe gleichwohl für die Falllösung vergleichend herangezogen, um die Tragweite der Norm zu eruieren (*indirekte Analogie*) und um auf dieser Grundlage Anwendungsregeln der einschlägigen Norm nunmehr für die neue Sachverhaltskonstellation zu entwickeln.

Jegliche Rechtsanwendung führt so zu einer *regelhaften* Formulierung der Anwendungsmassstäbe der Norm. Die regelhaften Formulierungen figurieren dabei als Massstäbe zur Konkretisierung des Normsinns⁶⁵⁶. Sie werden als Fallentscheidungsregeln (direkt rechtssatzartig oder bloss vergleichend) auch für einen neuen Fall herangezogen und zeigen nicht mehr und nicht weniger als das, wohinter – auch unter Einbezug der bereits entschiedenen Fallkonstellationen – zur Verwirklichung des Normsinns (in der neuen Fallkonstellation) nicht zurückgegangen werden kann⁶⁵⁷.

Die fundamentale Funktion der Präjudiziellen Erwägungen ist insofern die abstrakt-regelartige Konkretisierung der Norm für vergleichbare Streitkonstellationen. Die ergangenen Urteile bringen ausdifferenzierte Interpretationen des Normsinns, die als Anwendungsmassstäbe helfen, den Normsinn für die konkret zu beurteilende Fallkonstellation zu ermitteln. Die Fallentscheidungsregeln ermöglichen erst den Vergleich, der anhand von spezifischen Kriterien, die als für den Normsinn massgeblich angesehen werden, hinlänglich präzise vorgenommen werden kann. Im Rahmen der Rechtsfindung ist dabei zusätzlich zu analysieren, ob die Konstellation hinreichend nah an der bereits entschiedenen Fallkonstellation liegt, sodass die gleichen Präjudiziellen Erwägungen herangezogen werden können⁶⁵⁸, oder ob für die neu zu beurteilende Sachverhaltskonstellation *eigene Fallentscheidungsregeln* zu entwickeln sind.

⁶⁵⁶ Vgl. oben, Kap. 3 IV 3.

⁶⁵⁷ Vgl. Vosskuhle, Rechtsprechen, N. 7.

⁶⁵⁸ Typisch sind auch hier also Fälle, die gegenüber einer bereits entschiedenen Fallkonstellation in sachverhaltlicher Hinsicht leicht abweichen. Das Prüfen der bereits entwickelten Anwendungsvoraussetzungen der Norm bei hinreichend ähnlich gelagerten Fällen kann – entsprechend dem leicht anderen Sachverhalt – zu anderen Subsumtionsergebnissen führen. Die Zuordnung zu einer spezifischen Sachverhalts-

Die Gerichte entwickeln Anwendungsvoraussetzungen nicht nur laufend zu bisher nicht beurteilten Fallkonstellationen, sondern überprüfen die bisherigen Anwendungsvoraussetzungen anhand von neu zu beurteilenden Fallkonstellationen. Auf diese Weise gewährleisten sie das Gleichbehandlungsgebot. Dieses (wie auch die Rechtsbindung; Art. 5 und Art. 191c BV) beinhaltet jedoch gleichermassen die Pflicht, kritisch zu überprüfen, ob die Präjudiziellen Erwägungen den Normsinn für die neu zu beurteilende Fallkonstellation adäquat wiedergeben: In der Verfassung fundiert ist auch das Gebot, vor dem Hintergrund der konkreten Streitkonstellation erneut zu prüfen, ob die herangezogenen Präjudiziellen Erwägungen den Normsinn adäquat zur Geltung bringen. Es besteht mithin eine verfassungsrechtliche Grundlage, dem Normsinn auch vor dem Hintergrund neuer, anders gelagerter Fallkonstellationen Genüge zu tun⁶⁵⁹.

Die Fallentscheidungsregeln sind insofern *unter zwei verschiedenen Gesichtspunkten* relevant: Einerseits werden zum Zweck der begrifflichen Normkonkretisierung die Massstäbe bereits entschiedener Fallkonstellationen herangezogen. Erst mittels der regelartigen Anwendungsvoraussetzungen werden die normativen Vorgaben hinreichend bestimmt. Andererseits haben Normkonkretisierungen in Form von Anwendungsmassstäben oder Grenzkriterien präjudizielle Wirkungen für weitere Fallkonstellationen. Die Rechtsfindung wird durch Massstäbe von und Orientierung an Fallgruppen eingrenzend stabilisiert⁶⁶⁰.

Entsprechende analogische Erkenntnisschritte in Form von Anwendungsprämissen werden insbesondere bei hinreichend ähnlichen Fällen (direkte Analogie⁶⁶¹) von der Lehre aufgenommen und als rechtsdogmatische Figuren für die Norm umschrieben und analysiert. Wenn sich die Anwendungsprämissen bereits über längere Zeit konsolidiert haben, werden sie in Lehrbüchern zusammengetragen und von Studierenden als rechtsdogmatische Figuren («Voraussetzungen») etwa für die Anwendung einer Verfassungsnorm verinnerlicht. Ein Beispiel ist die Entwicklung der Voraussetzungen für den Vertrauensschutz⁶⁶².

konstellation, für die in Urteilen bereits Anwendungsprämissen entwickelt wurden, erfolgt in erster Linie durch Sachverhalt und Prozessgeschichte.

⁶⁵⁹ BGE 142 V 488 E. 7.1 S. 498; vgl. auch Biaggini, Verfassung und Richterrecht, S. 266 f.

⁶⁶⁰ Vgl. Vosskuhle, Rechtsprechen, N. 7.

⁶⁶¹ Vgl. zum Begriff sogleich unten, Kap. 3 VI 3 3.6.

⁶⁶² So sind die Anwendungsvoraussetzungen Vertrauensgrundlage (vgl. BGE 134 I 23 E. 7.5 S. 39 f.; 129 I 161 E. 4.2 S. 170), berechtigtes Vertrauen (vgl. BGE 138 I 49

3.3 Grade der Bindungswirkung

Präjudizien beinhalten einen *verfassungsrechtlich begründeten normativen Gehalt*. Aus Art. 5, 8 und 9 BV ergibt sich die Pflicht, Präjudizien zur Kenntnis zu nehmen, sich mit ihnen auseinanderzusetzen. Anders als bei den Präjudizienbindungen nach dem *Common Law* ist jedoch in der schweizerischen Rechtsordnung eine Abweichung von einem Präjudiz und der einschlägigen höchstrichterlichen Rechtsprechung sowohl für das Bundesgericht wie auch für Instanzgerichte grundsätzlich zulässig. Die Bindungswirkungen lassen sich dabei je nach Präjudiz, Praxis und Präjudiziellen Erwägungen abstufen.

Besondere Autorität kommt einer gefestigten bzw. ständigen Rechtsprechung zu⁶⁶³. Da die Abweichung von einem *Präjudiz* und die Änderung der in dieser Hinsicht gleich zu behandelnden *Praxis* zwangsläufig mit Ungleichbehandlungen gegenüber den früheren oder neuen Fälle verbunden sind, sind an sie unter dem Gesichtswinkel von Art. 8 BV spezifische Anforderungen entwickelt worden⁶⁶⁴. Eine Praxisänderung lässt sich, wie bereits dargelegt, nur begründen, «wenn die neue Lösung besserer Erkenntnis der ratio legis, veränderten äusseren Verhältnissen oder gewandelten Rechtsanschauungen entspricht»⁶⁶⁵. Das verfassungsrechtliche Gebot findet schliesslich auch in prozessualer Hinsicht seinen Ausdruck: Bei ständiger Praxis genügt eine Kurzform der Gutheissung oder Abweisung der Beschwerde in einem vereinfachten Verfahren⁶⁶⁶.

Massstab ist, inwiefern und wie gut das Präjudiz oder eine Praxis die Schutzwirkungen der Norm für den Einzelfall tatsächlich entwickeln kann⁶⁶⁷. Meist erfolgt

E. 8 S. 53 f.), Vertrauensbetätigung (vgl. BGE 114 Ia 209 E. 3 S. 215) und Vorbehalt der Interessenabwägung (Vorrang der Gesetzmässigkeit bei gewichtigen Öffentlichen Interessen; vgl. BGE 137 I 69 E. 2.6 S. 74 ff.) von der Rechtsprechung entwickelte Kriterien, die in die Dogmatik Eingang finden; vgl. Häfelin/Müller/Uhlmann, Verwaltungsrecht, Rz. 627 ff. mit den Referenzen auf die Rechtsprechung.

⁶⁶³ Vgl. Coing, Präjudizien, S. 280; Payandeh, Rechtserzeugung, S. 478 mit weiteren Verweisen.

⁶⁶⁴ Vgl. hiervor Kap. 3 V 2 2.3.

⁶⁶⁵ Vgl. hiervor Kap. 3 V 2 2.2 und BGE 137 V 133 E. 6.1 S. 137. Nach dem BGH müssen für die Rechtsprechungsänderung «deutlich überwiegende oder sogar schlechthin zwingende Gründe» sprechen; BGH, NJW 1983, S. 228; vgl. Payandeh, Rechtserzeugung, S. 486.

⁶⁶⁶ Art. 109 Abs. 2 BGG; vgl. dazu etwa BGer 2C_36/2012 vom 10. Mai 2012 E. 4.

⁶⁶⁷ Vgl. Payandeh, Rechtserzeugung, S. 510.

eine Änderung bzw. *Präzisierung der Rechtsprechung*⁶⁶⁸, indem etwa allgemeine Grundsätze vor dem Hintergrund eines konkreten Falls, der zum Zeitpunkt der Entscheidung des Präjudizes noch nicht im Fokus des Gerichts war, näher konkretisiert werden⁶⁶⁹.

Da die Beurteilung von «gleichen» Fallkonstellationen für Höchstgerichte jedoch die Ausnahme darstellt, verwendet das Gericht bereits beurteilte Fallkonstellationen meist nicht unter dem Blickwinkel der Präjudizien, sondern in der Form von Präjudiziellen Erwägungen. *Präjudizielle Erwägungen* sind – wie dargestellt – bereits für einen Normsinn ausgearbeitete Fallentscheidungsregeln. Es handelt sich um eine *für die Anwendung transformierte Konkretisierung der Regelungsidee*, die für weitere (direkt oder indirekt) vergleichbare Fallkonstellationen Bedeutung erlangen. Präjudizielle Erwägungen haben als bereits herangezogene Fallentscheidungsregeln gestützt auf Art. 8 und 9 BV normative Bindungswirkung. Ihre Bindungskraft ist *nicht die gleiche* wie diejenige der Präjudizien. Präjudizielle Erwägungen können – sofern im Hinblick auf die Erreichung des Normsinns erforderlich – angepasst bzw. optimiert werden.

So besteht verfassungsrechtlich eine beschränkte Befolgungspflicht⁶⁷⁰ für Präjudizien und Praxis. Beide sind nur unter der Voraussetzung der Praxisänderung abänderbar. Bei der etwas schwächeren Bindungswirkung von Präjudiziellen Erwägungen könnte man von einer verfassungsrechtlichen Berücksichtigungspflicht sprechen⁶⁷¹: Es besteht erstens eine Pflicht zur Kenntnismahme Präjudizieller Erwägungen, zweitens eine Pflicht zur argumentativen Auseinandersetzung mit ihnen und drittens eine Pflicht zur Beachtung von Präjudiziellen Erwägungen bzw. zur Abweichung nur aus sachlichen Gründen⁶⁷². Während Präjudizien gegenüber Präjudiziellen Erwägungen eine höhere Bindungswirkung haben, nehmen Präjudizielle Erwägungen – weil nie je eine völlig gleiche Fallkonstellation beurteilt wird – eine erheblich bedeutendere Stellung ein. Diese Formen der Bindungswirkung von Präjudizien und Präjudiziellen Erwägungen stehen in Abgrenzung zur normativen Kraft von Gesetzen, die eine Befolgungspflicht erfordert.

⁶⁶⁸ Vgl. etwa BGE 141 II 169 (Zustimmungsverfahren).

⁶⁶⁹ Vgl. dazu auch Payandeh, *Rechtserzeugung*, S. 487, mit Beispiel.

⁶⁷⁰ Mit Bezug auf Präjudizien: Forstmoser/Vogt, *Einführung*, § 16 N. 19.

⁶⁷¹ Vgl. die gleiche Bezeichnung, jedoch in anderer Verwendung, bei Payandeh, *Rechtserzeugung*, S. 493, 495.

⁶⁷² Vgl. ähnlich (mit Bezug auf Präjudizien) Payandeh, *Rechtserzeugung*, S. 501.

Die Normwirkung muss sich in der Begründung des Urteils spiegeln. Nicht nur – sofern vorhanden – Präjudizien als bereits entschiedene Sachverhaltskonstellationen, sondern auch Präjudizielle Erwägungen als ausgewiesene Fallentscheidungsregeln bilden zusammen eines der wesentlichsten Begründungsmittel eines Urteils: Präjudizielle Erwägungen werden in der Urteilsbegründung als *Anwendungsmassstäbe* oder mit Blick auf die Verhältnismässigkeitsprüfung als *Grenzkriterien* zur Schutzwirkung der Norm spezifisch angeführt. Erachtet das Gericht eine neu zu beurteilende Sachverhaltskonstellation als direkt analog zu einer bereits entschiedenen, werden Anwendungsmassstäbe oder Grenzkriterien direkt als Regeln (rechtssatzartig) herangezogen, anhand derer der konkrete Fall beurteilt wird. Neue Fallkonstellationen werden dann anhand derselben Kriterien wie entschiedene Fallkonstellationen zur Norm beurteilt. Ist die neu zu beurteilende Fallkonstellation vergleichbar, aber nicht hinreichend ähnlich, werden die bereits entwickelten Anwendungsmassstäbe zur Eruierung der Tragweite der Norm herangezogen, um für die neue Fallkonstellation spezifische Fallentscheidungsregeln zu entwickeln. Die Auseinandersetzung mit Präjudiziellen Erwägungen ist so bei direkter oder indirekter Vergleichbarkeit eines der *wesentlichsten Begründungsmittel* für die verfassungskonforme Behandlung einer Beschwerde.

3.4 Stabilisierung des Entscheidungsspielraums

Im Rahmen des Rechtsfindungsprozesses sind also normative Wirkungen von Präjudizien zu berücksichtigen; bereits entschiedene Fallkonstellationen sind ein wichtiger Gesichtspunkt in der Rechtsfindung. Auch wenn kein Fall je völlig gleich ist wie eine bereits entschiedene Konstellation, ist sie auf Gleichheit mit bereits entschiedenen Fallkonstellationen zu prüfen. Die Auseinandersetzung mit dem bereits Entschiedenen ist mithin unerlässlicher Bestandteil der Rechtsfindung.

Präjudizielle Erwägungen stellen in diesem Sinn *«erprobte» Kriterien für das «Wie» der Anwendung* der Norm dar und erhalten dadurch ihr spezifisches Gewicht. Ein Gericht hat im Rahmen der Rechtsfindung entsprechend als Minimalanforderung abzuklären und zur Frage Stellung zu nehmen, ob für die zu beurteilende Fallkonstellation bereits eine einschlägige Praxis, ein einschlägiges Präjudiz oder einschlägige Präjudizielle Erwägungen vorliegen. Entsprechende Erkenntnisse sind später im Urteil als entscheidtragende Begründung auszuweisen. Ein wesentlicher Teil der Rechtsfindung ist demgemäss, sich mit der Frage auseinanderzusetzen, inwiefern die neu zu beurteilende Fallkonstellation mit dem bereits Entschiedenen übereinstimmt bzw. genauer: ob die neu zu beurteilende Fall-

konstellation unter bereits entwickelte Fallentscheidungsregeln zur Norm zu subsumieren ist.

Anwendungsmassstäbe beinhalten dabei in der Regel die Umschreibung einer gesamten Rechtsnorm, können diese aber auch nur für einzelne unter sie fallende *Tatbestandskonstellationen* konkretisieren oder auch nur für sie relevante einzelne *Tatbestandsmerkmale* genauer definieren⁶⁷³. Je nach Anwendungsbereich bestehen Präjudizielle Erwägungen nicht nur für die Norm als solche, sondern lassen sich in Untergruppen – also *verschiedene je eigenständige Normanwendungskonstellationen* – unterteilen⁶⁷⁴.

Von essentieller Bedeutung ist hierbei die Erkenntnis, dass Höchstgerichte im Rahmen der Rechtsbindung *abstrakte Regeln* in der Form von Präjudiziellen Erwägungen entwickeln, die den Normsinn konkretisieren und die Rechtsfolgen der Norm deduzierbar machen. Auf dieser Grundlage ist es möglich, die Wirkung der Norm für ihre Anwendung präziser zu konkretisieren und einheitlich – über variable Fallkonstellationen hin rechtsgleich (Art. 8 BV) – anzuwenden. Die konkretisierten Anwendungsmassstäbe sind insofern für den zu beurteilenden Einzelfall entscheidend, müssen unter der Betrachtungsweise der Rechtssicherheit aber auch für alle weiteren vergleichbaren Fallkonstellationen berücksichtigt werden⁶⁷⁵. Der Auslegungsspielraum wird in der Rechtsfindung durch Massstäbe reduziert, die sich mit bereits entschiedenen Fallkonstellationen auseinandersetzen. Es handelt sich um eine verfassungsrechtlich gebotene Strukturierung der Erkenntnis der rechtsprechenden Gewalt.

Die durch vergleichbare Konstellationen entwickelte Konkretisierung des Normsinnes in Präjudiziellen Erwägungen schränkt den Entscheidungsraum im Rahmen der Normerkenntnis als wahrheitserweiternden Schritt massgeblich ein. Verfassungsrechtliche Anforderungen, insbesondere das Rechtsgleichheitsgebot, bestimmen also über die *Präjudizienrezeption* in massgeblicher Weise das Verständnis der Norm für den konkreten Einzelfall. Das Abstützen auf Präjudizien dient so auch der *Kontrolle der Kohärenz und Kontinuität der eigenen Rechtspre-*

⁶⁷³ Vgl. auch Payandeh, Rechtserzeugung, S. 494.

⁶⁷⁴ Für Normen mit einem breiten Anwendungsbereich wie beispielsweise Art. 13 BV bzw. Art. 8 EMRK (Recht auf Achtung des Privat- und Familienlebens) existieren bereits ausdifferenzierte Präjudizielle Erwägungen für verschiedene Fallkonstellationen; dazu sogl. unten, Kap. 3 VI 5 5.2.

⁶⁷⁵ Dabei ist das Abweichen von der Rechtsprechung eine Option, die Weiterentwicklung der bisherigen Entscheidungsgründe eine andere; vgl. Coing, Präjudizien, S. 280.

chung⁶⁷⁶. Die Anhäufung von spezifischem Wissen und Erfahrung der Richterinnen und Richter sowie der Gerichtsschreiberinnen und der Gerichtsschreiber für ein spezifisches Gebiet des Öffentlichen Rechts erfolgt durch die Bearbeitung mehrerer ähnlich gelagerter Fälle während ihrer Amtszeit und wird erleichtert durch die elektronisch zugänglichen Präjudiziensammlungen in digitalen Datenbanken.

Bei der Frage der normativen Wirkung von Präjudiziellen Erwägungen kommt demnach die Wechselwirkung *zwischen Rechtsnorm und Rechtspraxis* deutlich zum Ausdruck. Erst mittels der Entwicklung von Anwendungsprämissen durch die Erfahrung verschiedener Fallkonstellationen konkretisiert sich die Norm auch für den neu zu beurteilenden Anwendungsfall. Dies geschieht selbst in abstrakter Form, wobei die Beurteilung weiterer Sachverhaltskonstellationen Präzisierungen ermöglicht. Es erfolgt demnach anhand der neuen Fälle eine ständige Prüfung der so erarbeiteten Normanwendungsvoraussetzungen.

Wesentliche Beschränkungen für die Entwicklung von Präjudiziellen Erwägungen ergeben sich dabei aus der Beschränkung der Rechtsprechung auf strittige *Einzelfälle*; die Erwägungen müssen *entscheidwesentlich* für die Streitsache sein⁶⁷⁷.

3.5 Optimierung der Präjudiziellen Erwägungen (Richtigkeitsintention)

Wirkungen von Präjudizien werden dadurch gestärkt und stabilisiert, dass die Höchstgerichte auf sie verweisen, Präjudizielle Erwägungen bestätigen, gegen Kritik verteidigen oder sie weiter ausbauen⁶⁷⁸. Ob Präjudizielle Erwägungen sachlich überzeugen, wird vom Gericht selbst also immer wieder anhand von Fällen kontrolliert. Mit neuen Fallkonstellationen werden neue – sich erst aus dem neuen Anwendungsfall ergebende – Sachargumente für oder gegen deren Anwendbarkeit geprüft.

Auch *Instanzengerichte, andere Rechtsanwender und Rechtsadressaten* wirken an der Entwicklung von Präjudizien mit, indem sie diese bestätigen, ablehnen oder Präjudizien in ihren Beschwerden substantiiert verwerfen und die Gerichte so

⁶⁷⁶ Vgl. für das deutsche Bundesverfassungsgericht Schönberger, Rechtsfindung, S. 321.

⁶⁷⁷ Vgl. Payandeh, Rechtserzeugung, S. 452, 509.

⁶⁷⁸ Vgl. für Deutschland Payandeh, Rechtserzeugung, S. 497. Hintergrund ist eine Vermutung zugunsten der sachlichen Richtigkeit der Präjudizien; vgl. Emmenegger/Tschentscher, N. 500 ad Art. 1.

zwingen, diese erneut zu prüfen⁶⁷⁹. Für sie eröffnet sich die Möglichkeit, zu argumentieren, eine in den Präjudiziellen Erwägungen geäußerte gerichtliche Rechtsauffassung basiere auf einer unvollständigen bzw. einseitigen Interpretation, was sich spezifisch am neu zu beurteilenden Fall zeige. In diesem Rahmen wird zunächst über den Instanzenzug und dann vom Höchstgericht überprüft, ob eine Präjudizielle Erwägung den Normsinn auch im Hinblick auf die neu zu entscheidende Fallkonstellation überzeugend zur Geltung zu bringen vermag.

Das Gericht ist also gehalten, die von ihm entwickelten Anwendungsvoraussetzungen der Norm vor dem Hintergrund der neuen Sachverhaltskonstellation und neuer Sachargumente zu überprüfen. Für den zu ermittelnden Inhalt ist die Frage relevant, ob das Präjudiz oder die Präjudizielle Erwägung den Normsinn auch mit der Perspektive auf den neu zu beurteilenden Fall möglichst adäquat zum Ausdruck bringen kann. Es zeigt sich wiederum die Orientierung an der Regelungsidee: Dass Präjudizielle Erwägungen vor der Vielheit der zu beurteilenden Einzelfallkonstellationen zu bestehen vermögen oder notwendigenfalls angepasst werden, fördert letztlich die Ermittlung des *objektiven Sinns der Norm als Auslegungsziel*. Im Rahmen der konkreten Anwendung spielt also die Präjudizienrezeption eine bedeutende Rolle, und zwar als normative Kategorie einer strukturierten induktiven Prüfung, inwiefern ein Präjudiz oder Präjudizielle Erwägungen selbst sachlich überzeugen⁶⁸⁰. Die *Vergleichsprüfung anhand der Regelungsidee* hat regelmässig eine wesentlich grössere Bedeutung für die Rechtsfindung als die traditionellen Auslegungscanones.

Bei *Präjudiziellen Erwägungen*, die sich als Anwendungsmassstäbe oder Grenzkriterien für eine neu zu beurteilende Fallkonstellation als mit Blick auf den Normsinn nicht überzeugend erweisen, wird zunächst der Einzelfall mit eigenständiger Begründung abweichend gelöst⁶⁸¹. Es werden mithin andere Kriterien herangezogen als die in den Präjudiziellen Erwägungen ausgearbeiteten, weil diese den Normsinn mit Blick auf die neue Fallkonstellation nicht adäquat zum Ausdruck bringen können. Auch für die Anpassung der Präjudiziellen Erwägungen selbst bestehen Schranken. Aus Gründen der Rechtssicherheit werden zuerst wenige Einzelfälle in Abweichung von den Präjudiziellen Erwägungen entschieden, wenn es dem Normsinn entspricht. Erst wenn sich das Ungenügen der entwickelten

⁶⁷⁹ Vgl. Payandeh, Rechtserzeugung, S. 493 f.

⁶⁸⁰ Dies ist Ausdruck der eingeschränkten Bindungswirkung. Vgl. Payandeh, Rechtserzeugung, S. 509.

⁶⁸¹ Vgl. BGer 2C_547/2014 vom 5. Mai 2015; Kap. 3 IV 4.

Voraussetzungen über weitere Fallkonstellationen bestätigt, erfolgt eine Anpassung der Anwendungsmassstäbe oder Grenzkriterien selbst⁶⁸². Letztlich bleibt auf diese Weise die bessere Erkenntnis des objektiven Normsinns massgebend.

Die signifikante Bedeutung von Präjudizien und sogar Präjudiziellen Erwägungen begrenzt sich dabei nicht nur auf künftige ähnliche Fallkonstellationen, sondern erstreckt sich auch auf die *Gesetzgebung*. Die Gesetzgebung ist zwar an das Recht und insbesondere die (oft durch die höchstrichterliche Rechtsprechung konkretisierte) Verfassung, nicht jedoch an die Präjudizien der Gerichte gebunden. Gerade die Entwicklung von Anwendungsvoraussetzungen zeigt der Gesetzgebung die Wirkungsweise der Norm in einer über Einzelfälle abstrahierten Form auf und ermöglicht ihr gleichermassen Normpräzisierungen oder -korrekturen wie auch Anhaltspunkte für Novellierungen.

Sodann nimmt die *Lehre* Einfluss auf die Hinterfragung von Präjudizien⁶⁸³. Die Forschung diskutiert oft – und unter erheblich variierender Begrifflichkeit – die von den Gerichten entwickelten Normkonkretisierungen. Lehrmeinungen kommt nicht das Gewicht von Gesetzesänderungen, Präjudizien oder auch Präjudiziellen Erwägungen zu. Wissenschaftliche Beiträge erlangen jedoch dann eine erhebliche Bedeutung, wenn für eine zu beurteilende Fallkonstellation Normkonkretisierungen erstmals – bevor Fallmaterial existiert – entwickelt werden. In solchen Fällen nimmt das Gericht, neben der Anwendung der klassischen Auslegungsmethoden, auch auf Literatur Bezug⁶⁸⁴. Auch bei Praxisänderungen werden die Anstösse aus

⁶⁸² Vgl. oben, Kap. 3 IV 4.

⁶⁸³ Lehre ist vom Begriff der Überlieferung zu unterscheiden; vgl. etwa ZK-ZGB, Dürr, N. 571 ad Art. 1: ««Überlieferung» ist das Komplementärstück zur gleichzeitig erwähnten «Lehre». Entsprechend bedeutet sie nichts anderes als «Praxis» im Sinn des Gegenstücks zur «Theorie»».

⁶⁸⁴ Vgl. etwa BGE 137 II 338 E. 2.3 S. 341: «Das Bundesgericht musste sich bis anhin noch nie mit der Frage befassen, ob für Streubausiedlungen mit Art. 39 RPV eine weiter gehende Regelung geschaffen wurde, als sie gemäss Art. 24d Abs. 1 RPG in Verbindung mit Art. 42a Abs. 3 RPV gilt. Ein Blick in die Literatur ergibt folgendes Bild [...]». Oder BGE 132 III 359 E. 3 S. 363 f.: «Das Bundesgericht musste sich bisher nicht zur Grundsatzfrage äussern, ob die Unterhaltskosten [...], die durch eine (fehlgeschlagene) Sterilisation hätten vermieden werden sollen, als Schaden im Rechtssinne zu qualifizieren sind [...]. In der Schweiz bejaht die weit überwiegende Lehre das Vorliegen eines Schadens bzw. den Ersatzanspruch der Eltern für die Belastung mit den Unterhaltskosten des Kindes nach fehlgeschlagener Sterilisation».

der Lehre regelmässig berücksichtigt⁶⁸⁵. Schriften erlangen ferner dann Bedeutung, wenn im Rahmen der Formulierung der Anwendungsvoraussetzungen der Norm (ausnahmsweise) direkt auf wissenschaftliche Kontroversen Bezug genommen wird. Dies trifft z.B. bei der Eruierung von sog. «Rechtsfragen von grundsätzlicher Bedeutung» zu, wo für die Zulässigkeit des ordentlichen Rechtsmittels eine erhebliche Kritik in der Lehre als eines der Anwendungskriterien figuriert⁶⁸⁶.

4. Methodik der Heranziehung von Präjudizien

4.1 Rechtssatzartige oder bloss vergleichende Heranziehung

Die normative Wirkungskraft der *Präjudizien*, aber auch der *Präjudiziellen Erwägungen* ist verfassungsrechtlich fundiert: Aus Rechtsgleichheitsgebot und Vertrauensschutz resultiert die Obliegenheit der Gerichte, gleiche Fälle gleich zu behandeln⁶⁸⁷. Nach dem Rechtsgleichheitsgebot (Art. 8 BV) ist Gleiches nach Massgabe seiner Gleichheit gleich und Ungleiches nach Massgabe seiner Ungleichheit ungleich auszulegen⁶⁸⁸. Art. 8 BV bildet auch die verfassungsrechtliche Grundlage, das Ungleiche zu differenzieren⁶⁸⁹. Wie dargelegt, ergibt sich aus Art. 5, 8 und 9 BV die Pflicht, Präjudizien zur Kenntnis zu nehmen, sich mit ihnen auseinanderzusetzen.

Werden für die Rechtsanwendung Anwendungsmassstäbe oder Grenzkriterien entwickelt, so sind dies Fallentscheidungsregeln für die konkret zu beurteilende Fallkonstellation. Als bereits angewandte Fallentscheidungsregeln entfalten sie insbesondere gestützt auf die erwähnten Verfassungsnormen auch für weitere Normanwendungen spezifische Wirkung. Dabei existieren zwei verschiedene Weisen, wie die Fallentscheidungsregeln herangezogen werden können. Einerseits werden Anwendungsmassstäbe oder Grenzkriterien unmittelbar auf neu zu beur-

⁶⁸⁵ BK-ZGB 2012, Emmenegger/Tschentscher, N. 482 ad Art. 1.

⁶⁸⁶ BGE 135 III 1 E. 1.3 S. 4; vgl. BSK-BGG 2018, Hänni/Meyer, N. 42 ad Art. 74, N. 32 ad Art. 85.

⁶⁸⁷ Art. 8 und 9 BV. Vgl. zu Art. 8 BV als normativer Grundlage, wonach nur mit spezifischen Gründen von einer Praxis abgewichen werden kann, oben, Kap. 3 V 2 2.3. Vgl. auch J. P. Müller, Freiheit, S. 63 (Fn. 136).

⁶⁸⁸ Statt vieler BGE 134 I 23 E. 9.1 S. 42 f.

⁶⁸⁹ BGE 136 II 457 ff.; 136 I 17 ff.

teilende Fallkonstellationen angewendet. In diesen Fällen werden – gestützt auf eine direkte Analogie der Fälle – Präjudizielle Erwägungen als Fallentscheidungsregeln mithin *rechtssatzartig* herangezogen (direkte Analogie)⁶⁹⁰.

Andernfalls, wenn die neu zu beurteilende Fallkonstellation bloss mittelbar vergleichbar ist, werden die Fallentscheidungsregeln nicht direkt als Regel (rechtssatzartig), sondern vergleichend herangezogen (indirekte Analogie). Ziel ist aber auch hier, für die neu zu beurteilende Fallkonstellation regelartige Anwendungsmassstäbe zu entwickeln, die dann ihrerseits in Folgefällen rechtssatzartig herangezogen werden können, um die rechtsgleiche und willkürfreie Behandlung garantieren zu können.

Präjudizien und Präjudizielle Erwägungen bilden den Ausgangspunkt für *dogmatische Abstraktionen*⁶⁹¹ im Zusammenhang mit der *Präjudizienrezeption*, und Dogmatik bedingt ein gewisses Mass an Dekontextualisierung⁶⁹². Die Methode der Heranziehung von Präjudizien kann im Wesentlichen in *drei Schritten* zusammengefasst werden:

- Zunächst sind Sachverhalt, Anträge und Vorbringen in einer ersten Annäherung zu eruieren (äusserer Interessenkonflikt).
- Hernach folgt die Heranziehung der bereits vorliegenden Entscheidungen zur Norm oder Normgruppe. Dabei sind insbesondere in früheren Urteilen entwickelte *Präjudizielle Erwägungen* zur Normkonkretisierung von Bedeutung (Heranziehung der Fallentscheidungsregeln).
- Unter diesem Gesichtswinkel erfolgt als letzter Schritt die Einordnung des konkreten Sachverhalts unter die Norm.
 1. Sofern die neu zu beurteilende Fallkonstellation hinreichend nah an der Konstellation ist, für die regelartige Präjudizielle Erwägungen existieren, erfolgt die Subsumtion rechtssatzartig anhand derselben Fallentscheidungsregeln (direkte Analogie).
 2. Andernfalls, wenn eine neu zu beurteilende Fallkonstellation nicht hinreichend ähnlich ist, werden die bereits entwickelten Präjudiziellen Erwägungen vergleichend herangezogen (indirekte Analogie). Dabei sind rechtsanwendende Behörden bestrebt, für die neu zu beurteilenden Konstellationen direkte Fallentscheidungsregeln zu entwickeln.

⁶⁹⁰ Vgl. Schönberger, Rechtsfindung, S. 321.

⁶⁹¹ Vgl. Albers, Rechtsfindung, S. 293.

⁶⁹² Payandeh, Rechtserzeugung, S. 469.

4.2 Äusserer Interessenkonflikt als erste Annäherung

Der Blick auf den Sachverhalt gibt eine Orientierung, mit welcher unter die Norm fallenden Sachverhaltskonstellationen die neu zu beurteilende Streitfrage vergleichbar ist. Zu analysieren sind zunächst der – äussere – Interessenkonflikt im Sinne der Vorbringen der Verfahrensbeteiligten sowie der Sachverhalt. Der *faktische und prozessgeschichtliche Hintergrund* ist insofern hilfreich, als er für die erste Zuordnung einer neu zu beurteilenden Fallkonstellations Orientierung bringt. Der äussere Interessenkonflikt erlaubt dem Rechtsanwender im Rahmen der Rechtsfindung, die neu zu beurteilende Streitkonstellations in eine direkte Beziehung zur nächstliegenden bereits entschiedenen Fallkonstellations zu bringen.

Der äussere Interessenkonflikt ist dabei jedoch bloss erster Anhaltspunkt. Die Auffassung, der *Sachverhalt* des entschiedenen Präjudizes sei primär für die Ermittlung des rechtlichen Aussagegehalts heranzuziehen⁶⁹³, trifft für die kontinentale Rechtsordnung nicht zu. Sie würde dem Anspruch nicht gerecht, die einschlägigen Normen als primäre Rechtsquelle zu behandeln⁶⁹⁴. Ein auf den ersten Blick gleicher Sachverhalt kann zudem sehr unterschiedliche Rechtsfolgen erfordern. Die isolierte Vergleichung des Sachverhalts ist für sich nicht erkenntnisbringend⁶⁹⁵. Die Heranziehung des Präjudizes erfolgt vielmehr unter spezifischen normativen Gesichtspunkten.

4.3 Heranziehung der Fallentscheidungsregeln

Dass eine exakt gleiche Situation zu beurteilen ist, erweist sich bei höchstgerichtlichen Beschwerden als sehr selten oder ist nahezu ausgeschlossen. Da fast jeder Fall in einer (auch minimalen) tatbestandlichen oder prozessgeschichtlichen Hinsicht von bereits beurteilten Konstellationen abweicht, ist nicht nach einer «identischen» Fallkonstellations zu suchen; vielmehr kehrt sich die Prüfung regelmässig um: Vergleichbare entschiedene Fälle sind heranzuziehen.

⁶⁹³ Vgl. Vogel, Methodik, S. 166.

⁶⁹⁴ Art. 1 Abs. 1 ZGB.

⁶⁹⁵ Als Beispiel kann BGE 135 I 79 genannt werden, der in einer ersten Annäherung als «gleiche» Konstellation wie BGE 119 Ia 178 erscheint («obligatorischer Schwimmunterricht für Schüler»), sich bei genauerer Betrachtung indessen auf unterschiedliche Sachverhaltselemente und Rügen stützt und insofern auch zu einem anderen Ergebnis kommt. Die dogmatische Einordnung des Bundesgerichts selbst in BGE 135 I 79 als «Praxisänderung» ist unpräzis.

Erforderlich wird also eine möglichst vollständige Zusammentragung der bereits ergangenen Urteile zur Norm oder Normgruppe. Durch die bereits erfolgte Konkretisierung des Normsinns für vergleichbare Konstellationen lässt sich dieser auch für die neu zu beurteilende Streitkonstellation besser ausdifferenzieren. Der Vergleich mit früheren Entscheidungen im Kontext der Norm hilft, diese mit Blick auf die neue Entscheidung besser zu verstehen⁶⁹⁶. Vor dem Hintergrund der Erfahrung der Anwendung der Norm lässt sich die Schutzwirkung für eine neu zu beurteilende Konstellation präziser bestimmen.

Massgeblich für die Heranziehung der Fallentscheidungsregeln ist dabei die Begründung des ergangenen Urteils⁶⁹⁷. Im Rahmen der Analyse der Einzelentscheidung ist zunächst zu eruieren, welche *Präjudiziellen Erwägungen* (Anwendungsmassstäbe oder Grenzkriterien) das Gericht seinem Urteil zugrunde gelegt hat⁶⁹⁸, mithin welche Fallentscheidungsregeln es für die Norm statuiert hat. Erforderlich wird mit anderen Worten die Auslegung der *ratio* von Präjudizien.

Erst in Eruierung der *ratio* von Präjudizien können weitere Fälle zur Norm oder zum Normkomplex adäquat beurteilt werden. Die (Folge-)Entscheidung wird mit der Heranziehung der Präjudiziellen Erwägungen nicht festgelegt, jedoch wird die Erkenntnis strukturiert. Es handelt sich um einen rechtstheoretisch bedeutenden, verfassungsrechtlich verankerten Erkenntnissschritt im Rahmen der Rechtsfindung.

Die spezifische dogmatische Bedeutung ergibt sich daraus, die Wirkungen von Präjudizien, wie sie in einzelnen Anwendungsfiguren entwickelt wurden, *rechtsgleich* auf neu zu beurteilende Konstellationen anzuwenden. Soweit häufig umstrittene Sachbereiche der Rechtsordnung betroffen sind, besteht oftmals eine Praxis, die sich über Jahre in Rechtsprechungslinien etabliert hat. Unerlässlich ist für die Rechtsfindung, den Umgang und die Einordnung von Präjudizien insofern auch, dass das urteilende Richtergremium oder der Instruktionsrichter bzw. die Instruktionsrichterin die Rechtsprechungsgeschichte kennt oder sich mit ihr vertraut gemacht hat⁶⁹⁹.

⁶⁹⁶ Vgl. bereits Coing, Präjudizien, S. 283.

⁶⁹⁷ Insbesondere nicht die jeweils kurz gehaltenen Regesten vor dem Urteilstext, aus der isoliert ohne Urteilsbegründung wenig gelesen werden kann.

⁶⁹⁸ COING spricht von einer Rekonstruktion des Gedankengangs des Gerichts; ders., Präjudizien, S. 282.

⁶⁹⁹ Wünschenswert ist insofern, dass der Abteilungspräsident Fälle des gleichen oder ähnlichen Sachgebiets in der Regel dem gleichen Instruktionssteam zukommen lässt. Ent-

4.4 Vergleich (Differenzierung und regulative Gleichsetzung)

Im Zentrum des dritten Erkenntnisschritts steht die Analyse der Einzelfallentscheidung mit Blick auf die *Einordnung* in bereits entschiedene Fallkonstellationen.

In der Regel handelt es sich dabei, wie dargelegt, nicht um die Übernahme eines Präjudizes im Sinne einer entschiedenen Fallkonstellation, sondern um die *Heranziehung Präjudizieller Erwägungen*, seinem regelhaften Äquivalent. Als Prämissen zur Anwendung der Norm in früheren Fallkonstellationen werden sie als Beurteilungsmassstab für den Normsinn im der neu zu beurteilenden Sachverhaltskonstellation herangezogen. Präjudizielle Erwägungen bilden die Grundlage, Fälle rechtsgleich zu behandeln.

Die Heranziehung der Präjudiziellen Erwägungen erfolgt dabei strukturiert: Sofern die neu zu beurteilende Fallkonstellation hinreichend nah an der Konstellation ist, für die regelartige Präjudizielle Erwägungen existieren, erfolgt die Subsumtion anhand derselben Anwendungsmassstäbe bzw. Präjudiziellen Erwägungen, d.h. rechtssatzartig (*direkte Analogie*). Andernfalls, wenn eine neu zu beurteilende Fallkonstellation nicht hinreichend ähnlich ist, kann diese nicht anhand der bereits entwickelten Fallentscheidungsregeln subsumiert werden. Gleichwohl werden die in anderem Kontext zur Norm bereits entwickelten Präjudiziellen Erwägungen vergleichend herangezogen, um die Regelungsidee zu verstehen und für die neu zu beurteilende Konstellation Fallentscheidungsregeln zu bilden (*indirekte Analogie*)⁷⁰⁰.

4.5 Ermittlung des Gehalts des geltenden Rechts unter Rückgriff auf Präjudizien

Die Ermittlung des rechtlichen Gehalts von Präjudizien verlangt nach dem Vergleichen, Nebeneinanderstellen, In-Parallele-Setzen gerichtlicher Entscheidun-

scheidend ist nicht nur, dass das Instruktionsteam mit dem rechtlichen Sachgebiet als solchem vertraut ist, sondern auch mit der Rechtsprechungsgeschichte für den Bereich.

⁷⁰⁰ In der Beurteilung, ob die neue Fallkonstellation direkt oder indirekt gleichzusetzen ist, liegt ein weiterer für die Rechtsfindung bedeutender verfassungsrechtlich strukturierter Erkenntnisschritt. In der US-Literatur werden solche Schritte, die die Rechtfertigung einer analogen Heranziehung zum Gegenstand haben, mitunter als *Analogy Warranting Rule* (AWR) umschrieben; vgl. Brewer, Exemplary Reasoning, S. 962; darauf Bezug nehmend Weinreb, Legal Reason, S. 25.

gen. Dies beinhaltet insbesondere die Analyse, ob die spezifischen Unterschiede gegenüber einer bereits beurteilten Sachverhaltskonstellation zu den gleichen Rechtsfolgen führen oder nicht⁷⁰¹. Der *Einzelfallbezug der Normkonkretisierung* wirkt insofern über den Einbezug von Präjudizien fort.

Dabei setzt die Berücksichtigung von Präjudizien früh im Rechtsanwendungsprozess ein: Der Rechtsanwender *ermittelt bereits den Gehalt des geltenden Rechts* unter Rückgriff auf und Auslegung von Präjudizien⁷⁰². Eine neue Fallkonstellation kann Anlass geben, aus dem Normsinn andere, diesen besser zum Ausdruck bringende Anwendungsprämissen zu entwickeln. Erweisen sich diese – auch unter Betrachtung weiterer Fallkonstellationen – als präzisere Umschreibung des Normsinns, so ersetzen sie die bisher verwendeten Anwendungsprämissen. Diese Änderung bedingt – aus Gründen der Rechtssicherheit – eine qualifizierte Begründung mit Blick auf den Normsinn.

Sowohl die auf beurteilte Fallkonstellationen erarbeiteten Anwendungsprämissen als auch die bereits unter diesen Gesichtspunkten entschiedenen Fälle erhalten dadurch indirekt ein beachtliches Gewicht für die neu zu beurteilenden Fälle. Sie sind der Massstab, an dem die *Tragweite der Norm* konkret bewertet wird. Mit Blick auf die Rechtswissenschaft und insbesondere die Kommentarliteratur ergibt sich daraus das Bedürfnis nach stärkerer Berücksichtigung und Kontextualisierung bereits entschiedener Fallkonstellationen und Rechtsprechungslinien. Die Tragweite einer rechtlichen Auffassung erschliesst sich in diesem Sinne erst aus dem *Gesamtzusammenhang der bisherigen Entscheidungen*⁷⁰³.

5. Bedeutung

5.1 Präjudizien als eigenständiges Erkenntnisformat

Gesetze werden im Hinblick auf eine allgemeine Problemstellung der sozialen Ordnung erlassen⁷⁰⁴, gerichtliche Entscheidungen beziehen sich demgegenüber zunächst und primär auf den zu beurteilenden Einzelfall. Der judikative Beitrag der Rechtsprechung zur Rechtsordnung ist gleichwohl *strukturell mit der legislativen Tätigkeit verwandt*, und zwar im Sinne eines arbeitsteiligen Prozesses der

⁷⁰¹ Vgl. Coing, Präjudizien, S. 282.

⁷⁰² Vgl. auch Payandeh, Rechtserzeugung, S. 477.

⁷⁰³ Payandeh, Rechtserzeugung, S. 466.

⁷⁰⁴ Coing, Präjudizien, S. 278.

Rechtsverwirklichung⁷⁰⁵: Rechtsanwendung impliziert – gerade im Rahmen der Ausarbeitung von Präjudiziellen Erwägungen als Umsetzung der normativen Vorgaben – auch *generell-abstrakte* Normerkenntnisse. Dies erfolgt dadurch, dass regelartige, in ihrer Bedeutung über den Einzelfall hinausgehende konkretisierende Formulierungen des Normsinns entwickelt werden.

Die Rechtslage ergibt sich demnach nicht nur aus den Entscheidungen des Gesetzgebers, sondern auch mittels Formen der Abstraktion in der Rechtsfindung, namentlich durch die Erarbeitung Präjudizieller Anwendungsprämissen als Fallentscheidungsregeln. Die Wirkung von Präjudizien und von Präjudiziellen Erwägungen beschränkt sich nicht auf die Entscheidung einer konkreten Sachverhaltskonstellation (Präjudiz); massgeblich wird vielmehr ein *regelmäßiges Äquivalent*: Präjudizielle Erwägungen entfalten als gerichtliche Normabstraktionen verfassungsrechtliche Wirkungen über den Einzelfall hinaus.

Präjudizien und Präjudizielle Erwägungen sind gleichwohl *nicht* (auf einer höheren Konkretisierungsstufe) *gesetzesgleich*. Sowohl ihre Gehalte als auch ihre Bindungswirkungen sind anderer Form⁷⁰⁶. Das Präjudiz selbst ist zunächst nur in einem sehr engen Rahmen verbindlich, indem es mit seiner Rechtskraft den Streit zwischen zwei Verfahrensbeteiligten regelt. Ist eine weitere gleiche Sachverhaltskonstellation zu beurteilen, so wird der Massstab, wie die erste Fallkonstellation entschieden wurde, nicht unmittelbar, jedoch insbesondere unter dem verfassungsrechtlichen Gleichheitsgebot verbindlich⁷⁰⁷.

Ein Urteil entwickelt so je nach Bezug zur neu zu entscheidenden Fallkonstellation andere Geltungsgrade. Die Massstäbe, die für die Anwendung der Norm in Beurteilung von Fallkonstellationen entwickelt wurden, sind insofern verbindlich, als sie für vergleichbare Sachverhalte – unter den Gesichtspunkten von Art. 8 und 9 BV – heranzuziehen sind. Erweisen sich die Präjudiziellen Erwägungen vor dem Hintergrund der neu zu entscheidenden Konstellation für den Normsinn als nicht zuträglich, so sind sie mit Bedacht – wiederum unter den verfassungsrechtlichen Voraussetzungen – anzupassen.

Eine Rechtsbindung wie bei einem Gesetz ergibt sich aus Präjudizien nicht. Wie bei der Auslegung eines Gesetzes ist die Herangehensweise bei der Auslegung

⁷⁰⁵ Vgl. Vosskuhle, Rechtsprechen, N. 6.

⁷⁰⁶ Albers, Rechtsfindung, S. 286.

⁷⁰⁷ Art. 8 BV; vgl. auch das Verbot des widersprüchlichen behördlichen Handelns, Art. 9 BV.

eines Präjudizes jedoch eine *normative*: Bestehende Präjudizielle Erwägungen konkretisieren den Normsinn anhand vergleichbarer Fallkonstellationen. Auf dieser regelartigen Grundlage ist es möglich, die Wirkung der Norm für ihre Anwendung präziser zu konkretisieren und einheitlich – über variable Fallkonstellationen hin rechtsgleich (Art. 8 BV) – anzuwenden. Von hohem Stellenwert für die Überprüfung des Präjudizes ist daher die Frage, ob es den Normsinn auch mit der Perspektive auf eine neue Fallkonstellation zum Ausdruck bringen kann.

Durch diesen Vorgang der stetigen Überprüfung vor dem Hintergrund neuer vergleichbarer Sachverhaltskonstellationen *objektiviert sich die Anwendungsprämisse* für die Norm verfassungsrechtlich. Die Objektivierung des Normsinns ist auf Art. 5, 8 und 9 BV zurückzuführen, die die rechtsanwendenden Behörden gleichzeitig zwingen, Fallkonstellationen innerhalb des Normsinns anhand des gleichen Massstabs zu überprüfen und – wo dieser dem Normsinn nicht Genüge tut – zu optimieren. Die entwickelten Anwendungsprämissen bleiben so stets für ihre Verbesserung auf bessere Übereinstimmung mit der Regelungsidee offen. Diese Form der stetigen Überprüfung und anwendungsorientierten Objektivierung des Normsinns vor dem Hintergrund der Vielfalt der Lebenssachverhalte ist Ausdruck und Struktur der Richtigkeitsintention.

Die verfassungsrechtlich fundierte Eigenständigkeit der Wirkungen von Präjudizien im gerichtlichen Rezeptionsprozess rechtfertigt es, die Bezugnahme auf Präjudizien als *eigenständiges Normerkenntnisformat* anzuerkennen⁷⁰⁸. Sowohl die Entwicklung von Präjudizien als auch ihre Berücksichtigung im Rahmen der Entscheidung eines konkreten Falles folgen eigenen methodischen Regeln⁷⁰⁹. Das Judikative Recht hat einen eigenen Charakter und eine eigene Qualität des Rechts, dessen Gehalt sich in den anschliessenden Deutungsprozessen entfaltet⁷¹⁰.

5.2 Tragweite

Aufgrund der Bedeutung von Präjudizien und insbesondere von Präjudiziellen Erwägungen wird ersichtlich, dass die Rechtsanwendung eine über den Einzelfall hinausgehende Wirkung generiert. Die präjudizielle Wirkung der bundesgerichtlichen Entscheidungen ist nicht bloss auf den einzelnen Fall beschränkt, sondern erstreckt sich auch auf die *generellen Aussagen des Gerichts zur Normausle-*

⁷⁰⁸ Vgl. Payandeh, Rechtserzeugung, S. 485.

⁷⁰⁹ Payandeh, Rechtserzeugung, S. 485.

⁷¹⁰ Vgl. Albers, Rechtsfindung, S. 286, 294.

gung⁷¹¹, die als Fallentscheidungsregeln zu verstehen sind⁷¹². Fallübergreifende Rechtsaussagen, wie Bestimmungen anzuwenden sind, entwickeln sich im Blick auf typisierte Konfliktkonstellationen⁷¹³. Präjudizielle Erwägungen sind insofern *fallübergreifende Stabilisierungen*⁷¹⁴. Präjudizien einerseits und Präjudizielle Erwägungen andererseits verhalten sich dabei wie Fallentscheidungen zu Fallentscheidungsregeln⁷¹⁵.

Massgebliche Bedeutung erlangen im kontinentalen System daher nicht Präjudizien, sondern Präjudizielle Erwägungen als ihr regelhaftes Äquivalent. Bei ihrer Heranziehung rückt die Frage ins Zentrum, ob sie den Normsinn auch mit der Perspektive auf die neue Fallkonstellation zum Ausdruck zu bringen vermögen. Insofern konkretisiert sich der Normsinn über Anwendungsprämissen, die anhand einer Vielzahl von Fallkonstellationen untersucht werden. Die Vorbringen der Parteien sind dabei besonders bedeutsam, indem sie das Gericht zwingen, zu den Vorbringen Stellung zu beziehen, ein Präjudiz und spezifischer: die Präjudiziellen Erwägungen zu überprüfen. Die Heranziehung von Präjudiziellen Erwägungen impliziert letztlich die Notwendigkeit der Auslegung der *ratio* von Präjudizien.

Die Tragweite beurteilter Fallkonstellationen zeigt sich so auch bei der *Begründung*: Entsprechende Anwendungsmaßstäbe mit oft umfangreichen Verweisen auf die Rechtsprechungsgeschichte bilden für das Gericht die massgebliche Begründungsbasis und Legitimation für eine getroffene Entscheidung. Verweise auf die eigene Rechtsprechung unter Nennung der massgeblichen Präjudiziellen Erwägungen, d.h. der für die Konstellation massgebliche Konkretisierung der Norm, vermögen für sich die Entscheidung – auch in Kurzform – zu begründen⁷¹⁶.

Die eigenständige dogmatische Bedeutung der Präjudizien zeigt sich sodann daran, dass die Wirkungen von Präjudiziellen Erwägungen (oftmals auf das Wesentlichste verkürzt) in Anwendungsfiguren (*rechtsdogmatische Figuren*; «Voraussetzungen») in Lehrbüchern ihren Niederschlag finden. So sind die «Voraussetzungen» etwa für den Vertrauensschutz eine Zusammenfassung der

⁷¹¹ Vgl. für die Verfassungsauslegung in Deutschland Payandeh, Rechtserzeugung, S. 506.

⁷¹² Vgl. Vosskuhle, Rechtsprechen, N. 7.

⁷¹³ Albers, Rechtsfindung, S. 293.

⁷¹⁴ Vgl. Albers, Rechtsfindung, S. 293.

⁷¹⁵ Vgl. den Begriff der «Entscheidungsregel» bei Kähler, Rechtsprechungsänderung, S. 41 ff.

⁷¹⁶ Vgl. Für die Kurzform Art. 109 Abs. 2 BGG.

Normkonkretisierung. In Lehrbüchern festgehaltene «Voraussetzungen»⁷¹⁷ sind durch Präjudizienrezeption gewonnene Massstäbe für die Anwendung von entsprechenden Sachverhaltskonstellationen.

Für die *Gesetzgebung* bieten Präjudizien insbesondere als fallübergreifende Stabilisierungen in Form von Rechtsprechungslinien erprobte Möglichkeiten, eine Praxis zur Norm zu erheben, und eröffnen so die Möglichkeit für etwaige Interventionen via Gesetz⁷¹⁸.

5.3 Tradition des *Case Law* im schweizerischen Verfassungsrecht

Es bleibt darauf hinzuweisen, dass die grosse Bedeutung des *Case Law* im schweizerischen Recht kein *novum* ist. Die historische Tragweite von Präjudizien insbesondere in der Verfassungsrechtsprechung lässt sich unter zwei Gesichtspunkten in aller Kürze spezifisch beleuchten. Zum einen hat das Bundesgericht immer wieder neue ungeschriebene Grundrechte anerkannt. Zum anderen stellte die Entwicklung der rechtsstaatlichen Garantien aus dem in Art. 4 aBV verankerten Gleichheitssatz einen entscheidenden Faktor in der Weiterentwicklung des schweizerischen Verfassungsrechts dar.

Die Bundesverfassung von 1848 enthielt keinen Grundrechtskatalog. Vielmehr waren Grundrechte nur an vereinzelten Stellen in der Verfassung kodifiziert⁷¹⁹. Auch die totalrevidierte Bundesverfassung von 1874 sah keinen Katalog von Freiheitsrechten vor⁷²⁰. Vor diesem Hintergrund kam es im Zuge gesellschaftlicher Entwicklungen, neuer Rechtsschutzbedürfnisse und im Verlangen der Vereinheitlichung kantonaler Grundrechtsbestimmungen ab 1959 zur Entwicklung von ungeschriebenen Grundrechten durch das Bundesgericht⁷²¹. So wurde damals erstmals höchstgerichtlich anerkannt, dass die Eigentumsgarantie dem ungeschriebenen Verfassungsrecht des Bundes angehöre⁷²². In den darauffolgenden Jahren kam

⁷¹⁷ Vgl. das Beispiel zum Vertrauensschutz nach Art. 9 BV auch hiervor Fn. 662.

⁷¹⁸ Vgl. ähnlich Albers, Rechtsfindung, S. 293; vgl. auch Payandeh, Rechtserzeugung, S. 497.

⁷¹⁹ Chiariello, Richter, S. 18 f. Dies bspw. im Unterschied zum deutschen Grundgesetz, welches von Anfang an einen Grundrechtskatalog enthielt.

⁷²⁰ Chiariello, Richter, S. 19.

⁷²¹ Haller, Verfassungsfortbildung, S. 11; Chiariello, Richter, S. 20 f.

⁷²² BGer vom 11.5.1960, in: ZBl 62/1961, S. 69 ff., E. 2 S. 72.

die Anerkennung der Meinungsäusserungsfreiheit⁷²³, der Persönlichen Freiheit⁷²⁴, der Sprachenfreiheit⁷²⁵ sowie der Versammlungsfreiheit⁷²⁶ hinzu. Anschliessend hielt sich das Bundesgericht ab 1971 hinsichtlich der Begründung ungeschriebener Grundrechte zurück⁷²⁷. Erst 1995 wurden mit der Wahl- und Abstimmungsfreiheit⁷²⁸ sowie dem Recht auf Existenzsicherung⁷²⁹ wieder neue ungeschriebene Grundrechte anerkannt.

Neben der Anerkennung ungeschriebener Grundrechte erfolgte die Rechtsfortbildung insbesondere über die umfassende schöpferische bundesgerichtliche Rechtsprechung zu Art. 4 aBV⁷³⁰. Schon bald nach Errichtung des ständigen Bundesgerichts 1874 begann dieses mit der Ausdifferenzierung des Gleichheitsartikels⁷³¹. Insbesondere bejahte das Bundesgericht neben der Anwendbarkeit des Grundsatzes auf den Rechtsanwender auch die Bindung des (kantonalen) Gesetzgebers an Art. 4 aBV⁷³². In der Folge wurden u.a. das Willkürverbot⁷³³ und allgemeine Verfahrensgarantien wie das Verbot der Rechtsverweigerung⁷³⁴ oder der Gehörsanspruch⁷³⁵ aus der Gleichheit aller Schweizer vor dem Gesetze (Art. 4 aBV) abgeleitet.

Es zeigt sich damit, dass die Methode des *Case Law* in der Schweiz auf eine lange historische Tradition zurückblicken kann. Letztlich kann darin auch die Grundlage der totalrevidierten Bundesverfassung von 1999 gesehen werden: Beide dargestellten Entwicklungsstränge haben Niederschlag gefunden in der neuen Bundes-

⁷²³ BGE 87 I 114 E. 2 S. 117; vgl. auch BGE 91 I 480 E. 1 S. 485 f.

⁷²⁴ BGE 89 I 92 E. 3 S. 98.

⁷²⁵ BGE 91 I 480 E. 1 S. 485 f.

⁷²⁶ BGE 96 I 219 E. 4 S. 224.

⁷²⁷ Vgl. hierzu Chiariello, Richter, S. 27 ff.

⁷²⁸ BGE 121 I 138 E. 3 S. 141.

⁷²⁹ BGE 121 I 367 E. 2 S. 371.

⁷³⁰ Vgl. Haller, Verfassungsfortbildung, S. 11; Seiler, Richterrecht, S. 359; Chiariello, Richter, S. 33 ff.

⁷³¹ Von 1848 bis 1874 waren v.a. der Bundesrat und die Bundesversammlung für die Beurteilung von Art. 4 aBV zuständig (SGK-BV, Schweizer, N. 2 ad Art. 8).

⁷³² BSK-BV, Waldmann, N. 4 ad Art. 8; SGK-BV, Schweizer, N. 2 ad Art. 8.

⁷³³ BGE 4 I 505.

⁷³⁴ BGE 4 I 193.

⁷³⁵ BGE 10 I 6.

verfassung, welche – unter dem Zeichen der Nachführung stehend – eine Vielzahl der oben dargestellten Rechtsfiguren und Grundrechte nunmehr positivrechtlich enthält.

Demgegenüber hat die Schaffung neuer Normen (namentlich die Anerkennung ungeschriebener verfassungsmässiger Rechte) *praeter legem*, wie dies noch unter der alten Verfassung mit ihrem ungeschriebenen Grundrechtskatalog regelmässig vorkam, mit der Kodifikation des Grundrechtskatalogs stark an Bedeutung verloren.

Entsprechend erlangen Präjudizien heute, wie im Detail dargelegt, ihre spezifische Bedeutung bei der Normauslegung.

VI. Präjudizien – Verwirklichung von Grundrechten

1. Konkretisierung von Grundrechten

Grundrechte betreffen – anders als das in der Regel auf spezifische Sachbereiche bezogene Gesetzesrecht – eine Vielzahl unterschiedlicher Rechtsbereiche. Der Konkretisierungsbedarf durch Gesetzgebung und Rechtsprechung ist entsprechend hoch. Im Rahmen der höchstgerichtlichen Anwendung der Grundrechte sind die in der Verfassungsrechtsprechung entwickelten Konkretisierungsmethoden – wie im weiteren Verlauf aufgezeigt wird – von besonderer und eigenständiger Bedeutung.

Im Bereich der Grundrechte wird das Erfordernis der operablen Norm bereits mit dem Begriff der Justiziabilität diskutiert. Eine Verfassungs- oder Konventionsbestimmung wird als *justiziabel* bezeichnet, wenn sie nach dem Wortlaut der Verfassung, einer völkerrechtlichen Satzung oder nach einer gefestigten Rechtsprechung «so *klare normative Konturen* aufweist, dass es [...] keiner weiteren politischen Entscheidungen bedarf für ihre direkte Durchsetzung in der Rechtsanwendung»⁷³⁶. In ihrer justiziablen Dimension binden die Grundrechte den Staat unmittelbar in all seinen Funktionen und verschaffen den Rechtsuchenden *indivi-*

⁷³⁶ J. P. Müller, Freiheit, S. 93. Hervorhebung durch die Autorin. Die Justiziabilität ist bei grundrechtlichen Abwehransprüchen weitestgehend anerkannt. Soweit es um Schutz- oder Leistungsfunktion geht, fällt die Frage der Justiziabilität mit der Frage der Anerkennung entsprechender Ansprüche zusammen; J. P. Müller, Freiheit, S. 83.

*dualrechtliche Beschwerdebefugnisse*⁷³⁷. Die justiziable Funktion ist unmittelbar mit dem Grundrechtsanspruch verknüpft und wird nicht nur bei klassischen Abwehrkonstellationen (sog. bipolare Grundrechtskonstellationen), sondern auch bei Schutz- und Leistungsansprüchen (sog. tri- und multipolare Grundrechtskonstellationen) vermehrt sichtbar: Besteht ein Grundrechtsanspruch für eine Schutz- oder Leistungsfunktion, so ist die Justiziabilität auch dieses Anspruchs zu bejahen⁷³⁸. Der Anspruch kann sogar das Tätigwerden der Gesetzgebung erfordern, allerdings mit weitem Gestaltungsspielraum⁷³⁹.

Justiziabilität ist zweifellos eine Voraussetzung für die Gewährung von subjektiven Rechtsansprüchen, indes ist sie bei den allermeisten verfassungsrechtlichen Grundrechten gegeben⁷⁴⁰. Der Verfassungsgeber hat in der BV von 1999 justiziable Grundrechte insbesondere gestützt auf Art. 4 aBV kodifiziert. Die Frage nach der Justiziabilität hat insofern im Rahmen der Rechtsfindung bei den allermeisten verfassungsmässigen Grundrechten keine eigenständige Bedeutung⁷⁴¹. Sie wird in Urteilen in der Regel nicht (mehr) eigens thematisiert.

⁷³⁷ J. P. Müller, Freiheit, S. 94. Zur Entwicklung vgl. J. P. Müller, Freiheit, S. 95; Rhinow/Schefer/Uebersax, Verfassungsrecht, N. 1149.

⁷³⁸ Mit der Feststellung, ein Gefangener habe einen Grundrechtsanspruch auf freie Bewegung während einer Stunde, ist auch die Justiziabilität dieses Anspruchs zu bejahen; vgl. J. P. Müller, Freiheit, S. 84. Vgl. zum Anspruch auch Rütsche, Rechtsfolgen von Grundrechtsverletzungen, S. 74, für den es zur Verwirklichung des grundrechtlichen Anliegens der körperlichen Betätigung Alternativen gibt, dieser aber als Rechtsfolge massgebend bleibt, solange die Gesetzgebung nicht eine mindestens gleichwertige Regelung trifft (S. 81 f., mit Verweis auf BGE 122 I 222, anlässlich dessen eine Verordnung, die hinter dem Anspruch auf einen einstündigen Spaziergang blieb, aufgehoben wurde).

⁷³⁹ BGE 137 I 305 ff.; Rütsche, Rechtsfolgen von Grundrechtsverletzungen, S. 403 f. zum verfassungswidrigen Untätigsein der Gesetzgebung im Grundrechtsbereich. Dabei ist der weite Gestaltungsspielraum kein Hindernis für Justiziabilität, weil Rechtsfolge die Feststellung der Verfassungswidrigkeit sein kann; Rütsche, a.a.O., S. 403 f.

⁷⁴⁰ Das trifft auch für Art. 12 BV (Hilfe in Notlagen) zu, welcher zwar der Konkretisierung durch den Gesetzgeber bedarf, aber in einem Kernbereich unmittelbar gestützt auf die Verfassung Leistungsansprüche vermittelt (BGE 121 I 367 E. 2c S. 373). Die Konkretisierung durch die Gesetzgebung ihrerseits kann sich als verfassungswidrig erweisen (vgl. BVerfGE 137, 34; 125, 175 zum Grundrecht auf Gewährleistung eines menschenwürdigen Existenzminimums aus Art. 1 Abs. 1 in Verbindung mit Art. 20 Abs. 1 GG).

⁷⁴¹ Dies gilt nicht nur für die verfassungsmässigen Grundrechte, sondern regelmässig auch für völkerrechtliche Verträge, vgl. etwa BGE 138 II 524 E. 2 ff. S. 526 ff.

Die charakteristische Funktion der justiziablen Grundrechte liegt für die Rechtsprechung vielmehr in der *Folge* der unmittelbaren Anwendung: Justiziabilität erfordert ihrerseits, dass hinter der unmittelbar anzuwendenden Norm ein hinreichend verdeutlichter *Konsens über die Form ihrer Anwendung* besteht⁷⁴², der von den Gerichten zu erarbeiten ist. Die Grundrechte sind durch gerichtliche normative Festlegungen für rechtliche Beurteilungen operabel zu machen⁷⁴³.

2. Verfassungsunmittelbare Anwendung und flankierende Geltung

Die Operationalisierung von Grundrechten erfährt im Rahmen der Rechtsfindung denn auch eine spezifische eigenständige Bedeutung. Diese zeigt sich sowohl im Rahmen der *verfassungsunmittelbaren Anwendung* von Grundrechten auf den Einzelfall⁷⁴⁴ als auch durch ihre Berücksichtigung bei der *Auslegung von Gesetzesbestimmungen*.

Der grundrechtliche Rechtsschutz wird von den Gerichten insofern insbesondere in zwei Formen entwickelt: Zum einen werden Grundrechte als unmittelbare *subjektive Rechtsansprüche* wirksam, vermitteln dem Rechtsuchenden also individuelle Abwehr- oder Gestaltungsansprüche, um Grundrechtsverletzungen zu verhindern oder erfolgte Grundrechtsverletzungen zu entschädigen⁷⁴⁵. Andererseits treten Grundrechte als *begleitende Auslegungsmittel anderer Normen* hervor. Gesprochen wird in diesem Zusammenhang von «flankierender Geltung» der Grundrechte⁷⁴⁶. Grundrechte sind in diesem zweiten Fall aufgrund von Art. 190 BV im Rahmen der Überprüfung von Bundesgesetzen nicht unmittelbar als subjektive Rechte wirksam, jedenfalls soweit es sich nicht um eine echte Normkollisi-

⁷⁴² Vgl. J. P. Müller, Freiheit, S. 93, der von einem «auskristallisierten» Konsens spricht. Es geht mithin darum, zu definieren, was unter der justiziablen Norm zu verstehen ist.

⁷⁴³ Vgl. J. P. Müller, Freiheit, S. 90.

⁷⁴⁴ Dies ist einerseits der Fall, wenn die Grundrechte direkt angerufen werden, ohne dass die Verletzung einer Gesetzesnorm geltend gemacht würde oder von Amtes wegen zu berücksichtigen wäre (Art. 106 Abs. 1 BGG). Andererseits ist die freie Prüfung der verfassungsrechtlichen Grundrechte möglich bei der Überprüfung des kantonalen Rechts.

⁷⁴⁵ Für Rütsche, Rechtsfolgen von Grundrechtsverletzungen, S. 65, haben auch die Rechtsfolgen von Grundrechtsverletzungen als subjektive Rechte zu gelten.

⁷⁴⁶ J. P. Müller, Freiheit, S. 101 ff.

sion mit den in der EMRK garantierten Menschenrechten handelt⁷⁴⁷. Sie erlangen gleichwohl erhebliche Bedeutung, etwa durch die verfassungskonforme Auslegung.

Ein Anwendungsfall der flankierenden Geltung ist denn auch die grundrechtskonforme Auslegung⁷⁴⁸. Diese wird häufig *implizit angewendet*. Oftmals wird also nicht ausdrücklich auf ein Grundrecht Bezug genommen, jedoch dessen Normgehalt argumentativ berücksichtigt, um einer Gesetzesbestimmung ihre durch die Gesamtrechtsordnung bestimmte Auslegung zu geben⁷⁴⁹. Sowohl die verfassungsunmittelbare Anwendung eines Grundrechts, etwa bei fehlender gesetzlicher Ausgestaltung oder im Rahmen der Überprüfung des kantonalen Rechts, wie auch die grundrechtskonforme Auslegung erfordert die Konkretisierung des Grundrechts.

Grundrechtsverwirklichung setzt entsprechend sowohl Kenntnis des Gesetzes und seiner Auslegungsmöglichkeiten als auch *Verständnis der konkreten Tragweite der Grundrechte und weiterer Konkretisierungsmethoden des Verfassungsrechts* voraus. Diese sind Voraussetzung sowohl für die verfassungsunmittelbare Anwendung als auch für die verfassungskonforme Auslegung. Im Folgenden soll die verfassungsunmittelbare Anwendung von Grundrechten dargestellt werden, die mittelbar auch für die grundrechtskonforme Konkretisierung von Gesetzesbestimmungen herangezogen wird.

Essentiell für den vorliegenden Kontext ist, dass sich die Grundrechte in der Regel *nicht als deduktionsfähige Rechtssätze anbieten*⁷⁵⁰. Für die Normanwendung ist ein *formulierbarer Anspruch des Grundrechtsgehalts* erforderlich. Grundrechte müssen unter Berücksichtigung der besonderen Struktur eines Einzelfalls und der

⁷⁴⁷ Sog. PKK-Rechtsprechung: BGE 125 II 417; vgl. ebenso für das Diskriminierungsverbot im Rahmen der Grundfreiheiten BGE 133 V 367; 142 II 35. Vgl. zur Durchsetzung von EMRK-Rechten gegenüber Bundesgesetzen trotz fehlender Verfassungsgerichtsbarkeit in der Schweiz auch J. P. Müller, Koordination des Grundrechtsschutzes, S. 24.

⁷⁴⁸ Vgl. hiervor Kap. 2 II 2 5.2. Die flankierende Geltung erschöpft sich indessen bei weitem nicht darin; sie leiten etwa auch nicht justiziable gesetzgeberische Prozesse oder das Ermessen von Verwaltungsbehörden; dazu Schindler, Verwaltungsermessen, Rz. 305 ff.

⁷⁴⁹ Vgl. BGE 111 II 245 E. 4a; J. P. Müller, Freiheit, S. 101 f. Beispiel: BGer 9C_550/2012 vom 13. Juli 2013. Vgl. bereits G. Müller, Drittwirkung, S. 239 f.

⁷⁵⁰ Zur Frage der Abgrenzung von juristischer Deduktion und gestaltendem Urteil siehe auch etwa Moor, Mikropolitische Theorie, S. 123 ff.; Schindler, Verwaltungsermessen, Rz. 310, 338, 387.

Regelungsidee *konkretisiert* werden⁷⁵¹. Sie bedürfen einer Operationalisierung, die die Auslegung im Vergleich zu den *canones* verfeinert und stabilisiert.

Die Verwirklichung von Grundrechten hängt dabei stark vom *ausgebauten Rechtsschutz* ab⁷⁵². Die fundamentale Aufgabe der Gerichte ist, den Grundrechtsgehalt für den Einzelfall in Verwirklichung der Schutzfunktion der Norm zu erschliessen. Die Form der Verwirklichung muss dabei auf eine Vielzahl von Fällen wiederum anwendbar, mithin regelartig objektivierbar sein. Solche Konkretisierungen haben für die Rechtsanwendung eine überaus grosse Bedeutung, spielen in fast alle Bereiche des Verfassungsrechts hinein und erfolgen meist über die Methodik des Fallrechts. Sie werden im Folgenden vertieft.

3. Grundrechtsverwirklichung durch das Fallrecht

3.1 Allgemein: Überblick

Für die nähere Bestimmung des Grundrechtsgehalts der in der Praxis sehr bedeutsamen subjektiven Rechte spielt das *Case Law* eine entscheidende Rolle. Ein Grund hierfür liegt darin, dass sich verschiedene Aspekte des Grundrechtsgehalts erst durch die Erfahrung der Fälle zeigen: Grundrechtsbelange werden *oft erst im Einzelfall sichtbar*⁷⁵³. Die Eigenheit des sich kontinuierlich zeigenden normativen Gehalts der Grundrechte macht sich die Methodik der Entscheidungsfindung zunutze: Für die spezifischen Fallkonstellationen werden – mit der Erfahrung der bereits beurteilten Fälle – konkretisierte Grundrechtsgehalte in allgemeiner Form als Anwendungsvoraussetzungen entwickelt. Im Hinblick auf die konkrete Tragweite des Grundrechts sind diese zu erarbeitenden Standards als *Anwendungsmassstäbe* oder aber mit Blick auf die Verhältnismässigkeit als *Grenzkriterien* zu differenzieren⁷⁵⁴. Erstere präzisieren die konkrete Tragweite des Grundrechts. Letztere umschreiben die vom Gericht entwickelten Massstäbe, die nicht mehr und nicht

⁷⁵¹ Vgl. ähnlich J. P. Müller, Freiheit, S. 106.

⁷⁵² Vgl. J. P. Müller, Freiheit, S. 14; TRILSCH spricht in diesem Zusammenhang auch von «formeller Justiziabilität» (Frage des Vorhandenseins eines Durchsetzungsmechanismus), die eine Voraussetzung für die «materielle Justiziabilität» (Frage der unmittelbaren Anwendbarkeit) darstellt (Trilsch, Justiziabilität, S. 48 f.).

⁷⁵³ Vgl. J. P. Müller, Freiheit, S. 139.

⁷⁵⁴ Vgl. zum Begriff bereits Kap. 3 V 2 2.2 sowie unten, Kap. 3 VI 3 3.6.

weniger als die Grenze zeigen, die aus grundrechtlicher Sicht nicht überschritten werden kann⁷⁵⁵, namentlich unter dem Gesichtswinkel der Verhältnismässigkeit. Beide Formen der judikativen Massstäbebildung werden unter enger Einbeziehung des *Case Law* erarbeitet – oder in kurzer Form: Die Grundrechtsverwirklichung erfolgt durch eine dem *Case Law* nahestehende Methodik⁷⁵⁶.

3.2 Freiheitsrechte: Abwehrfunktion und Schutzpflichten

Nach traditionell-kantianischem Verständnis verschaffen Grundrechte Abwehrrechte, die den Einzelnen einen Anspruch verleihen, sich gegen ungerechtfertigte staatliche Eingriffe zur Wehr zu setzen. Das Korrelat dieses Anspruchs ist nach diesem Verständnis die staatliche Pflicht, Grundrechte zu respektieren. Aus dem konstitutiven Verständnis in der neueren Praxis und der Grundrechtsdogmatik folgt jedoch auch, dass der Staat Grundrechte schützen, mithin durch Private hervorgerufene Grundrechtsverletzungen verhindern muss⁷⁵⁷. Für einen Grossteil der Grundrechtsdogmatik reichen die staatlichen Pflichten auch hin zu Erfüllungspflichten. Aus dem konstitutiven Grundrechtsverständnis folgt jedenfalls die Verpflichtung des Staates, positiv zur Verwirklichung der Grundrechte beizutragen⁷⁵⁸.

Auch die Rechtsprechung differenziert bei der Anrufung der (prinzipiell gleichrangigen) Grundrechte zwischen der Verpflichtung des Staates, eine Grundrechtsbeeinträchtigung zu unterlassen («*Unterlassungspflicht*»), und dem aktiven Schutz eines Grundrechts («*Schutzpflicht*») und/oder der Entwicklung konkreter Umsetzungsstrategien hinsichtlich der institutionellen und gesellschaftlichen

⁷⁵⁵ Vosskuhle, Rechtsprechen, N. 7.

⁷⁵⁶ Vgl. ähnlich J. P. Müller, Freiheit, S. 109.

⁷⁵⁷ Vgl. etwa BGE 138 II 229 ff., insb. E. 3.2.2 S. 234 unter Bezugnahme auf u.a. Art. 7 und Art. 35 Abs. 1 und 3 BV.

⁷⁵⁸ J. P. Müller, Freiheit, S. 14. In der Schweiz bringt Art. 35 BV die konstitutive Wirkung der Grundrechte auch im Sinne der Erfüllung zum Ausdruck. Abs. 2 der Bestimmung verlangt von allen Trägern staatlicher Aufgaben nicht nur Respekt der Grundrechte, sondern einen aktiven Beitrag zur Verwirklichung (welche auch positives Handeln erfordern kann). Es ist in der Bestimmung nicht nur von «Geltung», sondern ausdrücklich auch von «wirksam werden» bzw. «Verwirklichung» die Rede. Vgl. dazu J. P. Müller, Freiheit, S. 50 ff., passim; BSK-BV, Waldmann, N. 35 ad Art. 35; Biaggini, BV-Kommentar, N. 9 ff. ad Art. 35.

Umsetzung («*Gewährleistungspflicht*»)⁷⁵⁹. Aus den Grundrechten resultieren primär staatliche Unterlassungs- (etwa betr. eine Gesundheitsschädigung i.S.v. Art. 10 Abs. 2 BV oder eine willkürliche Verhaftung i.S.v. Art. 31 BV) sowie Respektierungspflichten (Achtung des Privat- und Familienlebens, vgl. Art. 13 BV)⁷⁶⁰. Die Schutzfunktion der Grundrechte wird dadurch realisiert, dass der Staat die Unversehrtheit der grundrechtlichen Güter auch ausgehend von anderen Gefährdungen als der staatlichen Macht, z.B. von technischen Anlagen, Naturereignissen oder anderen Privaten, sicherstellt⁷⁶¹. In all diesen Fällen werden nicht staatliche Handlungen «abgewehrt», sondern es wird zur Grundrechtsverwirklichung «seine Hilfe beansprucht»⁷⁶². Unter dem Blickwinkel der *Gewährleistungspflicht* hat der Staat in den tatsächlichen Verhältnissen den Grundrechtsberechtigten die Voraussetzungen und Bedingungen zur Ausübung der Grundrechte zu gewährleisten⁷⁶³.

Die *Abwehrdimension* der Grundrechte hat zum Zweck, die Einzelnen vor ungerechtfertigten Eingriffen des Staates zu bewahren. Hierdurch wird ein bipolares Verhältnis zwischen Staat und Bürger begründet, das nach den Regeln des Grund-

⁷⁵⁹ Vgl. BGE 140 I 201 E. 6.7.3 S. 214: «[I]l est possible d'établir des distinctions selon que l'invocation des droits fondamentaux (qui ne connaissent certes aucune hiérarchie entre eux) dans une situation donnée a pour but d'obliger l'Etat (cf. art. 35 Cst.) à s'abstenir de porter atteinte à un droit fondamental particulier («Unterlassungspflicht»), à protéger activement ce droit («Schutzpflicht») et/ou à mettre en œuvre des stratégies en vue de le réaliser pleinement au sein des institutions et de la société («Gewährleistungspflicht»)».

⁷⁶⁰ Vgl. für weitere Beispiele SGK-BV, Schweizer, N. 11 f. ad Art. 35.

⁷⁶¹ BGE 140 II 315 E. 4.8 S. 329 f.: «Nach der bundesgerichtlichen Rechtsprechung begründen Grundrechte auch eine staatliche Schutzpflicht gegen Gefährdungen, die von Dritten verursacht werden [...]. Diese Schutzpflicht kann dabei ebenso wenig wie das Umwelt- und Technikrecht einen absoluten Schutz gegen jegliche Beeinträchtigungen und Risiken gewähren [...]. Angesichts von Schwere und Ausmass möglicher Beeinträchtigungen grundrechtlicher Schutzgüter genügt im Bereich der friedlichen Nutzung der Kernenergie jedoch bereits eine entfernte Wahrscheinlichkeit des Schadenseintritts, um die Schutzpflicht des Gesetzgebers konkret auszulösen [...]. Damit folgt aus dem objektiv-rechtlichen Gehalt der Grundrechte ein *Auftrag des Staates zu einer auf Grundrechtsgefährdungen bezogenen Risikovorsorge*» (Hervorhebungen durch die Autorin).

⁷⁶² Art. 36 BV; J. P. Müller, Freiheit, S. 133.

⁷⁶³ BGE 129 I 74 E. 4.2 S. 77; 127 I 164 E. 3 S. 167 ff.; 103 Ia 369 E. 5 S. 381; BGer 1C_633/2013 vom 23. April 2013 E. 4; Auer/Malinverni/Hottelier, Droit constitutionnel, N. 158 f.; vgl. auch J. P. Müller, Grundrechte, S. 687 ff.

rechtseingriffs zu klären ist⁷⁶⁴. Eine Grundrechtskollision tritt in diesen Konstellationen nicht auf⁷⁶⁵. Im Rahmen einer *bipolaren Grundrechtskonstellation* kollidieren Grundrechte mit öffentlichen Interessen, wobei die Zulässigkeit des Eingriffs im Rahmen der Verhältnismässigkeitsprüfung zu beurteilen ist⁷⁶⁶. Der Begriff des öffentlichen Interesses ist zeitlich und örtlich variabel und umfasst zunächst die Polizeigüter (Ordnung, Sicherheit, Gesundheit, öffentliche Ruhe etc.), aber auch kulturelle, ökologische sowie soziale Werte, wie sie namentlich in den Staatsaufgaben zum Ausdruck kommen⁷⁶⁷. Die öffentlichen Interessen konkretisieren sich in der Regel im politischen Prozess der demokratischen Rechtsetzung⁷⁶⁸. Diese erfolgt indessen nicht in einer politischen Beliebigkeit, sondern im Lichte des Wertesystems der Gesamtrechtsordnung⁷⁶⁹.

Dem Bundesgericht ist es also grundsätzlich und ausserhalb des Anwendungsbereiches von Art. 190 BV möglich, öffentliche Interessen dahingehend zu überprüfen, ob sie ein zulässiges Eingriffskriterium für den in Frage stehenden Grundrechtseingriff darstellen können; es muss dies aufgrund seiner Zuständigkeit⁷⁷⁰: Darf das einschlägige Grundrecht nicht aus den vom Gemeinwesen angeführten Gründen eingeschränkt werden, so fallen diese nicht als (gerechtfertigte) öffentliche Interessen in Betracht⁷⁷¹. Im Rahmen der Verhältnismässigkeitsprüfung von bipolaren Grundrechtsverhältnissen rücken der Staat und die Personen in den Blick, in deren Grundrechte eingegriffen werden soll. Neben der Prüfung der zulässigen öffentlichen Interessen steht somit bei bipolaren Grundrechtskonstellationen vor allem die Verhältnismässigkeitsprüfung im Vordergrund, die oftmals

⁷⁶⁴ J. P. Müller, Freiheit, S. 132 f.

⁷⁶⁵ Vgl. Hottelier, Grundrechtskonkurrenzen, § 207 N. 41.

⁷⁶⁶ Schefer, Grundrechte, S. 84 f.

⁷⁶⁷ Botschaft vom 20. Oktober 1996 für eine neue Bundesverfassung, BBl 1997 I 1 ff., S. 195 f. zu Art. 32 Abs. 1.

⁷⁶⁸ BGE 142 I 49 E. 8.1 S. 66; vgl. auch SCHEFER, nach welchem durch das öffentliche Interesse Grundrechtsbeeinträchtigungen «an jene Aspekte des Gemeinwohls gebunden [werden], die sich im Verlauf einer längerfristigen demokratischen Auseinandersetzung in der Gesellschaft als besonders bedeutsam herauskristallisiert haben» (Schefer, Grundrechte, S. 76).

⁷⁶⁹ BGE 142 I 49 E. 8.1 S. 66; vgl. auch BGE 138 I 378 E. 8.3 S. 393.

⁷⁷⁰ Art. 189 Abs. 1 BV.

⁷⁷¹ Erfordernis eines «intérêt public pertinent»; BGE 142 I 49 E. 8.1 S. 66; 135 I 233 E. 8.2 S. 253; 131 I 333 E. 2.1 S. 336.

als *Gewichtung* der sich gegenüberstehenden privaten und öffentlichen Interessen umschrieben wird.

Regelmässig beurteilen Gerichte auch *tri- oder multipolare Grundrechtskonstellationen*, bei denen Grundrechte kollidieren. Grundrechtskollisionen liegen dann vor, wenn der Staat gegenüber einem Privaten in ein verfassungsrechtlich gewährleistetes Recht eingreift, der Eingriff jedoch gerade dadurch motiviert ist, dass der Staat damit die Grundrechtspositionen anderer schützt⁷⁷². Sehr oft kollidieren dann die typisierten Untergruppen des Grundrechts miteinander, so z.B. das Recht des Nachkommen auf Kenntnis der eigenen Abstammung mit dem Schutz der Mutter, den Vater nicht preiszugeben (Art. 8 EMRK)⁷⁷³. Als Beispiel für ein *tripolares Grundrechtsverhältnis* kann auch die Prüfung der Verletzung der Glaubens- und Gewissensfreiheit (Art. 15 BV) durch ein allgemeines Kopfbedeckungsverbot herangezogen werden, wobei sich zeigt, dass am selben Fall gleichzeitig sowohl bipolare als auch multipolare Grundrechtseingriffe vorliegen. Am Beispiel zu Art. 15 BV sind zunächst Eingriffe unter dem Gesichtspunkt rein öffentlicher Interessen zu prüfen wie etwa, ob der Schulfriede aufgrund einer religiösen Kopfbedeckung gefährdet wird oder der Grundschulunterricht reibungsfrei ablaufen kann. Unter tripolare Grundrechtsverhältnisse fällt dann etwa die Frage, ob Mitschüler durch ostentatives Tragen religiöser Symbole in religiöse Praktiken einbezogen werden und so in ihrer negativen Religionsfreiheit – dem Recht, nicht in religiöse Praktiken einbezogen zu werden – beeinträchtigt sein können. Es ist also auch die Grundrechtekollision mit Grundrechten Dritter zu evaluieren. Mit der Erwähnung des «Schutzes von Grundrechten Dritter» als mögliche Rechtfertigung einer Beeinträchtigung bringt Art. 36 Abs. 2 BV zum Ausdruck, dass auch Grundrechtskollisionen mittels Art. 36 BV zu lösen sind.⁷⁷⁴ Nach der Lehre und Praxis sind solche mehrpoligen Grundrechtsverhältnisse denn auch unter dem Gesichtspunkt

⁷⁷² Vgl. Hottelier, Grundrechtskonkurrenzen, § 207 N. 42.

⁷⁷³ BGE 142 III 545 E. 3.2 und 3.3. Tripolare Grundrechtsverhältnisse haben regelmässig auch bei privat- oder strafrechtlichen Streitkonstellationen erhebliche Bedeutung, indem der Fall durch das tripolare Grundrechtsverhältnis «überlagert» bzw. auf einer anderen Ebene neu strukturiert und gegebenenfalls einer besonderen Gerichtsbarkeit (Verfassungsgericht, EMRK) zugeführt wird; J. P. Müller, Freiheit, S. 133 f. Vgl. zu entsprechenden privatrechtlichen Konstellationen etwa Bacher, Persönlichkeitsschutz, insb. S. 181 ff.

⁷⁷⁴ Vgl. Schefer, Grundrechte, S. 80.

punkt von Art. 36 BV zu einem Ausgleich zu bringen⁷⁷⁵. Die Grundstruktur der Abwägung besteht darin, dass entgegenstehende Interessen *gewichtet* werden.

Das Prüfschema nach Art. 36 BV ist im Wesentlichen auf Freiheitsrechte nach Art. 10 ff. BV zugeschnitten. Bei tri- oder multipolaren Grundrechtsverhältnissen kollidieren jedoch nicht stets Freiheitsrechte miteinander, sondern auch Grundrechte, die einer Einschränkung nach Art. 36 BV nicht in gleicher Weise unterliegen wie etwa bei einer Grundrechtskollision mit Art. 8 BV (Rechtsgleichheit). Bei der Rechtsgleichheit geht es nicht um eine Einschränkung, sondern um erlaubte oder unerlaubte Kriterien der Differenzierung⁷⁷⁶. Dabei ist gleichwohl eine Verhältnismässigkeitsprüfung gegenüber anderen Grundrechten (insbesondere mit Blick auf die jeweilige Gewichtung) erforderlich. Gesprochen wird auf europäischer Ebene auch von einer *mehrpolygonen Verhältnismässigkeitsprüfung*, die schliesslich zu *praktischer Konkordanz* mit wechselseitiger Optimierung aller betroffenen Rechtsgüter des mehrpoligen Verhältnisses führt⁷⁷⁷. Der Grundsatz der Verhältnismässigkeit muss in solchen Konstellationen beidseitig, reziprok zur Geltung gebracht werden⁷⁷⁸, und zwar sowohl in Bezug auf die Einschränkung des ersten Grundrechts als auch auf die Zurückdrängung des zweiten Grundrechts. Das tripolare Grundrechtsverhältnis wird als das «angemessene dogmatische Instrumentarium» für die Bewältigung solcher komplexer Verhältnisse erachtet⁷⁷⁹. Doch wie präsentiert sich dieses in der Rechtsfindung?

Wie veranschaulicht, sind sowohl in den Abwehr- wie auch den Schutzrechtskonstellationen divergierende grundrechtliche Interessen zu einem Ausgleich zu

⁷⁷⁵ BGE 140 I 201 E. 6.7 S. 212 ff.; 128 I 327 E. 4.3.2 S. 344 f.; J. P. Müller, Freiheit, S. 135 ff.; Hottelier, Grundrechtskonkurrenzen, § 207 N. 39 ff.; Schefer, Grundrechte, S. 80. Vgl. für den europäischen Kontext Hoffmann, Kontrolldichte, S. 492 ff.

⁷⁷⁶ Botschaft vom 20. Oktober 1996 für eine neue Bundesverfassung, BBl 1997 I 1 ff., S. 194; vgl. SGK-BV, Schweizer, N. 14 ad Art. 8. MATTHIAS OESCH unterscheidet Gleichbehandlung und Differenzierung aus inneren Gründen der Vergleichbarkeit der Verhältnisse und von aussen herangetragenen Gründen der Wahrung öffentlicher Interessen, welche dem Prüfschema des Eingriffs folgen, vgl. Oesch, Rechtsgleichheit, S. 363 ff.; die Unterscheidung im Lichte der Rechtsprechung verfeinernd Rüttsche, Rechtsgleichheit, S. 1321 ff.

⁷⁷⁷ Calliess, Schutzpflichten, § 44 N. 29, 33, 34; ders., Schutzpflicht im mehrpoligen Verfassungsrechtsverhältnis, S. 321 ff.; Europäisches Unionsrecht, Terhechte, N. 11 ad Art. 53 GRC.

⁷⁷⁸ Vgl. J. P. Müller, Freiheit, S. 137.

⁷⁷⁹ Calliess, Schutzpflichten, § 44 N. 19; J. P. Müller, Freiheit, S. 137.

bringen⁷⁸⁰. Die Abwägung wird meist verstanden als die Gegenüberstellung von Interessen. Eine bloße Gegenüberstellung von Interessen allein hätte für eine konsistente Verfassungsrechtsprechung allerdings wenig stabilisierende Wirkung. Der Begriff der Abwägung ist ein für sich wenig strukturiertes Erkenntnisinstrument. Es lohnt sich also, den Vorgang etwas genauer zu analysieren. Zur Stabilisierung der Erkenntnisse entwickeln Gerichte eine *Rechtsfindungsmethodik*, die sich stark an *Präjudiziellen Erwägungen* orientiert.

3.3 Verhältnismässigkeitsprüfung und Interessenabwägung? – Der etwas genauere Blick

Die Interessenabwägung hat eine die Rechtsprechung ein Stück weit stabilisierende Wirkung, wenn alle relevanten bisherigen Erkenntnisse der Normwirkung herangezogen und gewichtet werden. Die Strukturierung der Interessenabwägung kann insbesondere dann kritisiert werden – und dies stellt von Zeit zu Zeit eine Grundlage für die Gutheissung und Rückweisung an die Instanzgerichte dar –, wenn nicht alle Gesichtspunkte geprüft werden⁷⁸¹. Dies erklärt die Struktur der Anwendung aber noch nicht hinreichend.

⁷⁸⁰ Vgl. Hottelier, Grundrechtskonkurrenzen, § 207 N. 42.

⁷⁸¹ Illustrativ EGMR, *El Ghatet gegen die Schweiz* vom 8. November 2016 (56971/10), § 52 ff.: «Having regard to the above, the Court considers that, applying the criteria established in its case-law [...], no clear conclusion can be drawn whether or not the applicants' interest in a family reunification outweighed the public interest of the respondent State in controlling the entry of foreigners into its territory. Had the domestic authorities engaged in a thorough balancing of the interests in issue, particularly taking into account the child's best interests, and put forward relevant and sufficient reasons for their decision, the Court would, in line with the principle of subsidiarity, consider that the domestic authorities neither failed to strike a fair balance between the interests of the applicants and the interest of the State, nor to have exceeded the margin of appreciation available to them under the Convention in the domain of immigration. The Court notes, however, that the Federal Supreme Court in its judgment of 5 July 2010 [...] and other domestic courts examined the best interests of the second applicant, who was a child at the time the request for family reunion was lodged, *in a brief manner and put forward a rather summary reasoning in that regard*. It considers that the Federal Supreme Court *did not place the second applicant's best interests sufficiently at the center of its balancing exercise and its reasoning*, contrary to the requirements under the Convention [...] and other international treaties, in particular the United Nations Convention on the Rights of the Child [...], as well as Article 11 of the Constitution of the Swiss Confederation [...] and the case-law of the Federal Supreme [...].

Die Bewertung der sich gegenüberstehenden Anliegen⁷⁸² geht bereits deutlich weiter. Sie kann auf jeder Seite umfassen: Beurteilung der Schwere der gegenseitigen Grundrechtseingriffe, Würdigung einer besonderen Qualifikation des Grundrechts (sog. *preferred position*, insbesondere Nähe zur Menschenwürde oder zur Meinungsfreiheit), Beteiligung eines Öffentlichen Interesses an Grundrechtsbelangen, Betroffenheit eines Kernbereichs oder einer Randzone des jeweiligen Grundrechts, Möglichkeit des Grundrechtsträgers, Alternativen zur betroffenen Grundrechtsausübung zu wählen, die zu keiner oder einer geringeren Beeinträchtigung der gegenüberstehenden Seite führen⁷⁸³. Die Positionen sind nach dem Grundsatz der gegenseitigen Verhältnismässigkeit auszugleichen⁷⁸⁴.

Auch solche *preferred positions* stellen zwar in Betracht kommende Hinweise für die Gewichtung dar. Indessen erlangen auch sie erst durch weitere Erkenntnis-schritte ihre stabilisierende Wirkung, und zwar durch die Einbettung in das *Case Law*, das die Tragweite solcher und weiterer Aspekte bestimmt.

Betrachtet man die Gewichtung näher, so zeigt sich denn auch, dass für fast alle Formen der Interessenabwägung verschiedene *Methoden des Case Law* einschlägig sind. Die Gewichtung des Grundrechtseingriffs orientiert sich an bereits entschiedenen *vergleichbaren* Fällen. So konstituiert sich die Verfassungsrechtsprechung aus der Erfahrung der bisher betrachteten Fälle und entwickelt hieraus Kriterien, welche massgeblich die Gewichtung des Grundrechtseingriffs definieren.

Die Verhältnismässigkeitsprüfung besteht in diesem Sinne nicht einfach aus der Gegenüberstellung und Gewichtung der Interessen, vielmehr lassen sich im Zusammenhang mit dem *Case Law* Gesichtspunkte definieren, die die Interessenabwägung weiter strukturieren. Die Methodik des Fallrechts ist sowohl für Abwehrkonstellationen (sog. bipolare Grundrechtsverhältnisse) als auch für Schutzpflichtkonstellationen (sog. tri- oder multipolare Grundrechtsverhältnisse) relevant. Sowohl bei bipolaren als auch bei multipolaren Grundrechtseingriffen müssen die Tragweite des Grundrechts wie auch die Möglichkeiten seiner Einschränkung für die Anwendung operabel gemacht werden. Genau hierfür spielt

There has accordingly been a violation of Article 8 of the Convention» (Hervorhebungen durch die Autorin).

⁷⁸² Vgl. zur Problematik der Gegenüberstellung Rütscbe, Verhältnismässigkeitsprinzip, S. 1065 f.

⁷⁸³ J. P. Müller, Freiheit, S. 138.

⁷⁸⁴ J. P. Müller, Freiheit, S. 138.

die Entwicklung von und Bezugnahme auf das *Rechtsprechungsrecht* eine gewichtige Rolle.

Die Vergleichsformen zu entschiedenen Fällen werden insbesondere hinsichtlich der *Tragweite* des Grundrechts und des Eingriffs in dasselbe bzw. dessen *Rechtfertigung* entwickelt, wobei sich diese Elemente im *Case Law* – wie sich herausstellen wird – oftmals überschneiden.

3.4 Formen der Vergleichbarkeit

In aller Regel sind, wie dargelegt, in der höchstgerichtlichen Rechtsprechung nicht identische Fallkonstellationen zu überprüfen; die neu zu beurteilende Konstellation liegt *anders* oder geht zumindest über bereits entschiedene Fallkonstellationen hinaus. Anstelle und in Ermangelung eines hinreichend gleichgelagerten Präjudizes werden im Rahmen des *Case Law* Kriterien herangezogen, um die Normwirkung für den konkret zu beurteilenden Fall präziser definieren zu können: In zur Norm oder zum anwendbaren Normkomplex ergangenen Urteilen sind bereits *Aspekte der Regelungsidee* in Form von gerichtlichen Anwendungsmassstäben entwickelt worden. Diese werden rezipiert, um rechtsgleich *Massstäbe* zur Tragweite der Norm auch für die Anwendung auf den neu zu beurteilenden Fall einzubeziehen⁷⁸⁵.

Sowohl entschiedene Fallkonstellationen als auch die auf beurteilte Fallkonstellationen erarbeiteten Anwendungsmassstäbe entfalten so eine erhebliche Tragweite für die neu zu beurteilenden Fälle. Sie definieren den Massstab, an dem das Gewicht eines neu zu beurteilenden Grundrechtseingriffs gemessen wird. Die Heranziehung von Präjudizien ist erst möglich und kann erst dann entscheidendbegründend sein, wenn gezeigt worden ist, dass und – die Begründungspflicht erfordert dies – *inwiefern* die neu zu beurteilende Fallkonstellation vergleichbar ist.

Wie zu Beginn in den logischen Grundlagen gezeigt⁷⁸⁶, werden (auch) in der Verfassungsrechtsprechung verschiedene Formen der Vergleichbarkeit relevant. Die in den Urteilerwägungen enthaltenen abstrakt-regelartigen Anwendungsmassstäbe zur Norm können bloss *vergleichend* herangezogen werden oder aber direkt rechtssatzartig. Im ersten Fall ist die Vergleichbarkeit *indirekt*, in dem Sinne, dass

⁷⁸⁵ In der US-amerikanischen Methodik wird etwa von der *governing idea* eines Präjudizes gesprochen. Die Regelungsidee ist in der kontinentaleuropäischen Tradition und im schweizerischen Regelungssystem im Rahmen der Normauslegung relevant.

⁷⁸⁶ Oben, Kap. 2 III 2 2.4.

bloss vergleichend zur Eruierung der Regelungsidee (und damit auch der Tragweite der Norm) darauf Bezug genommen werden kann, um eine konkrete Anwendungsregel für den neu zu beurteilenden Fall (und gleichgelagerte Folgefälle) zu entwickeln. Im zweiten Fall liegt die bereits entschiedene Konstellation derart nahe an bereits beurteilten, dass eine *direkte Heranziehung* der erarbeiteten Anwendungsmassstäbe erfolgt.

Wenn ein hinreichend gleicher Fall bereits entschieden wurde, wird die analogische Denkstruktur demnach nicht einfach vergleichend, sondern vielmehr in Form von abstrakten – von der Rechtsprechung entwickelten – Regelkriterien, mithin *rechtssatzartig*, herangezogen. Eine neue Konstellation kann also hinreichend nah an einer bereits beurteilten Fallkonstellation sein, sodass die dort entwickelten Anwendungsmassstäbe auch auf die neue Konstellation direkt als Regeln anwendbar sind, der Sachverhalt mithin unter die bereits in anderen Urteilen entwickelten Anwendungsmassstäbe subsumiert werden kann.

Einzelne Elemente der Methodik des *Case Law* können insofern auch für das kontinentale System fruchtbar gemacht werden. Denn ähnlich thematisiert die US-amerikanische Literatur die Differenzierung zwischen direkt als Regel und bloss vergleichendem Heranziehen von Präjudizien im Rahmen des analogischen Argumentierens⁷⁸⁷: Gemäss SUNSTEIN können Präjudizien entweder direkt oder als blosse Analogien herangezogen werden⁷⁸⁸. Er erklärt die Unterscheidung zwischen direkter Anwendbarkeit und bloss analogem Heranziehen von Präjudizien wie folgt: «[A judicial precedent] serves as a rule to the extent that it governs all identical cases, that is, all cases that are «on all fours» with it, in the sense that it is obvious that they are relevantly similar and there are no relevant differences between them»⁷⁸⁹. Im Unterschied hierzu ist ein Präjudiz bloss analog anwendbar «to the extent that it is at least plausibly distinguishable from the case at hand, but potentially suggestive of a more general principle or policy that seems relevant to that case»⁷⁹⁰.

Entsprechend ist für die Rechtsfindung oftmals nicht die Unterscheidung ausschlaggebend, ob Abwehrrechte, bi- oder tripolare Grundrechtskonstellationen vorliegen oder nicht, vielmehr steht die *Nähe der Fallkonstellationen zueinander*

⁷⁸⁷ «Analogical Reasoning» wird hier mit analogischem Argument übersetzt.

⁷⁸⁸ Sunstein, Legal Reasoning, S. 64: vgl. im Detail Kap. 3 V 1 1.2 ff.

⁷⁸⁹ Sunstein, Legal Reasoning, S. 71.

⁷⁹⁰ Sunstein, Legal Reasoning, S. 71.

im Vordergrund: Geht es um dieselbe Norm und eine direkt vergleichbare (d.h. hinreichend gleiche) Fallkonstellation, so wird der konkret zu entscheidende Fall anhand der bereits entwickelten Anwendungsmassstäbe subsumiert. Ist die gleiche Norm Gegenstand eines Entscheides, sind aber die Fallkonstellationen nicht hinreichend vergleichbar, so bietet die bisherige Rechtsprechung lediglich Informationen hinsichtlich der Tragweite der Norm an; es müssen (auf vergleichender Grundlage) neue *regelartige Anwendungsmassstäbe* für die konkret zu beurteilende Fallkonstellation entwickelt werden.

Zu differenzieren ist also einerseits zwischen der Entwicklung eines neuen Leiturteils unter Berücksichtigung des *Case Law*, bei der Präjudizielle Erwägungen vergleichend für die Tragweite der Norm herangezogen werden. Und andererseits der Subsumtion eines hinreichend ähnlichen neuen Sachverhalts unter die bereits entwickelten Präjudiziellen Erwägungen, die direkt als Regeln (rechtssatzartig) angewendet werden. Genau in diesem Sinne wird im Folgenden auch für den Grundrechtsbereich von indirekter oder direkter Analogie gesprochen⁷⁹¹.

Es ist hier (wiederum) zu betonen, dass in der schweizerischen Rechtsordnung entsprechend dem kontinentalen Verständnis nicht die bereits beurteilten Konstellationen als normativer Ausgangspunkt figurieren. Vielmehr werden in der bereits beurteilten Konstellation vom Gericht selbst *zur Norm* erarbeitete Anwendungsprinzipien entweder direkt als Entscheidungsregeln oder als Gesichtspunkte zur Tragweite der Norm auch für neu zu beurteilende Fallkonstellationen herangezogen. Das Gericht ist von Verfassung wegen gehalten, dass die Präjudizienrezeption normakzessorisch erfolgt⁷⁹².

3.5 Indirekte Analogie: *Case Law* zur Eruierung der Regelungsidee

a Allgemein: Analyse der bisherigen Wirkung der Norm

Die eingangs skizzierte Struktur der indirekten und der direkten Heranziehung von Präjudizien lässt sich im Grundrechtsbereich veranschaulichen. Auch und insbesondere im Grundrechtsbereich werden in bereits entschiedenen Fallkonstellationen erarbeitete Präjudizielle Erwägungen in die Rechtsfindung einbezogen, um den Normsinn präziser und mit Blick auf das Gleichbehandlungsgebot auch ein-

⁷⁹¹ Vgl. zur Einführung der Begrifflichkeit bereits Kap. 2 III 2 2.4 d.

⁷⁹² Art. 5 Abs. 1 BV.

heitlicher für die neu zu beurteilende Fallkonstellation entwickeln zu können⁷⁹³. Der vom Gericht in abstrakte Anwendungsprämisse zu transferierende Normsinn lässt sich durch die Fallerfahrung präziser ermitteln.

Die Heranziehung von Präjudizien erfolgt zunächst, um die Tragweite des Grundrechts oder, anders gesagt, die «*governing idea*»⁷⁹⁴ der Regelung (eine regulierende Idee; Leitidee), die sich dem Gericht anhand von Einzelfällen Aspekt um Aspekt zeigen soll, zu verdeutlichen. Auch bloss mittelbar vergleichbare Fallkonstellationen legen dar, welche Schutzwirkungen das Grundrecht bereits entwickelt hat. Sie werden in indirekter Analogie herangezogen.

Können Präjudizielle Erwägungen bloss indirekt, zur Konturierung der Regelungsidee, herangezogen werden, so besteht die weitere Intention darin, für die neu zu beurteilende Konstellation ebenfalls direkte rechtssatzartige Anwendungsmassstäbe zu entwickeln. Die rechtsanwendenden Behörden sind also bestrebt, für die neu zu beurteilende Konstellation direkte Fallentscheidungsregeln zu entwickeln, sodass (hinreichend) gleich gelagerte Folgefälle unter dieselben Fallentscheidungsregeln subsumiert werden können (direkte Analogie).

Im Folgenden soll zunächst die Präjudizienrezeption im Grundrechtsbereich in indirekter Analogie anhand von Beispielen veranschaulicht werden.

b Soziale Grundrechte und Freiheitsrechte

Die Heranziehung von Präjudiziellen Erwägungen in indirekter Analogie lässt sich anhand der Rechtsprechung zum Anspruch auf *ausreichenden und unentgeltlichen Grundschulunterricht* im Sinne von Art. 19 BV veranschaulichen⁷⁹⁵. Das Bundesgericht stützt auf Art. 19 und 62 BV den durchsetzbaren verfassungsmässigen Individualanspruch auf eine positive staatliche Leistung im Bildungsbereich. Träger des Rechtsanspruchs sind Kinder und Jugendliche ab dem Kindergarten, soweit dieser obligatorisch ist, bis und mit der Sekundarstufe I⁷⁹⁶. Die zuständigen Kantone haben in organisatorischer, fachlicher und finanzieller Hinsicht für einen ausreichenden Grundschulunterricht zu sorgen, der allen Kindern offensteht (Art. 62 Abs. 2 Satz 1 BV). Der Anspruch auf ausreichenden und unentgeltlichen Unter-

⁷⁹³ Art. 8 und 9 BV; oben, Kap. 3 I 3 3.3.

⁷⁹⁴ Sunstein, Legal Reasoning, S. 65, der sich auf das Präjudiz bezieht.

⁷⁹⁵ Vgl. BGE 138 I 162 E. 3.1 S. 164.

⁷⁹⁶ BGE 140 I 153 E. 2.3.1 S. 156; 133 I 156 E. 3.5.3 S. 163; BGer 2C_433/2011 vom 1. Juni 2012 E. 3.3.

richt bezieht sich auf den Ort, an dem sich die Schulpflichtigen mit der Zustimmung ihrer Erziehungsberechtigten gewöhnlich aufhalten. Fallen Wohn- und Schulort auseinander, darf dies zu keiner Einschränkung des Anspruchs im Sinne von Art. 19 BV führen⁷⁹⁷. Ist der Schulweg übermässig lang, weist er eine ungünstige Topografie auf oder erscheint er als besonders gefährlich, sodass er den Schulpflichtigen insgesamt unzumutbar ist, begründet dies einen Anspruch auf Unterstützung. Der Schulträger hat zu gewährleisten, dass die Schulpflichtigen sicher, zuverlässig und zeitgerecht zur Schule und zurück befördert werden⁷⁹⁸.

Vor dem Hintergrund der verfassungsrechtlichen Normen von Art. 19 und 62 BV haben die Gerichte die normativen Standards entwickelt⁷⁹⁹; sie haben über eine Variation von Fällen hinweg zudem Standards (betreffend Topografie, Länge, Gefährlichkeit) der Schulwege zu definieren, nach denen die Schutzwirkung der Norm zum Tragen kommen muss. Die Heranziehung vergleichbarer Fälle nach einem gleichmässigen und objektivierten Kriterienmassstab hat für die Auslegung der Normen für den Einzelfall massgebliches Gewicht.

Ein Beispiel der indirekten Analogie zeigt sich auch im Bereich der Religionsfreiheit, z.B. in BGE 142 I 49 ff. zur Frage der Zulässigkeit eines allgemeinen Kopfbedeckungsverbots in der Schulgemeinde St. Margrethen. Das Bundesgericht eröffnete die Verhältnismässigkeitsprüfung mit der Heranziehung von Möglichkeiten und Grenzen der Einschränkung des Grundrechts unter Bezugnahme auf bereits entschiedene Fälle in vergleichbaren Konstellationen, hier im Schulalltag⁸⁰⁰. So führte das Bundesgericht zunächst aus, ein verfassungsrechtlicher Anspruch auf Dispensation vom obligatorischen Schulunterricht sei vor allem für einzelne Tage zu gewähren, um die Einhaltung religiöser Ruhetage oder die Teil-

⁷⁹⁷ BGE 140 I 153 E. 2.3.3 S. 157.

⁷⁹⁸ Seiner Beförderungspflicht kann er etwa dadurch genügen, dass er den Schulpflichtigen die Kosten für die Fahrkarten erstattet oder einen Schulbus- oder Schultaxidienst einrichtet. Dem Schulträger steht es aber auch zu, die Erziehungsberechtigten zur Besorgung des Schultransports ihrer Kinder heranzuziehen, soweit ihnen der Transport möglich und zumutbar ist und die Kosten erstattet werden; BGE 140 I 153 E. 2.3.3 S. 157.

⁷⁹⁹ BGE 140 I 153 E. 2.3.3 S. 157 mit Hinweisen auf die Entwicklung der Rechtsprechung.

⁸⁰⁰ Die Methodik der Heranziehung der bereits entschiedenen Fallkonstellationen erinnert an die Methodik eines *Case Law*; vgl. hierzu unten, Kap. 3 VII 4 4.1.

nahme an religiösen Festen zu ermöglichen.⁸⁰¹ Dagegen gewährt die Rechtsprechung nur mit grosser Zurückhaltung Dispensationen von einzelnen Unterrichtsfächern⁸⁰². Erst durch die Heranziehung dieser Fälle lässt sich die Beurteilung der neuen Fallkonstellation in die normativen Wirkungen, die das Gericht dem infrage stehenden Grundrecht bereits zugemessen hat, rechtsgleich einordnen. Teilweise existieren Präjudizien zu Teilfragen einer zu beurteilenden Sachverhaltskonstellation, etwa dazu, dass das generelle Verbot des Tragens eines Kopftuchs für eine Schülerin als schwerer Grundrechtseingriff qualifiziert wird (Art. 15 BV)⁸⁰³.

Die Heranziehung der ähnlichen Fallkonstellationen hat zum Zweck, die Tragweite von Art. 15 BV im Hinblick auf die neue strittige Sachverhaltskonstellation zu veranschaulichen und zu verdeutlichen. Es geht nicht um Rechtsvergleich, sondern um ein Analyseinstrumentarium der Normwirkung selbst. Wie stark ein Grundrechtseingriff wiegt, muss in Übereinstimmung mit der Gewichtung in bereits entschiedenen Fallkonstellationen eruiert werden, muss sich in diesem Sinne an entschiedenen Fallkonstellationen messen. Durch die Heranziehung der verschiedenen Aspekte der Normwirkung und die dabei entwickelten Anwendungsmassstäbe verdeutlicht sich die Regelungsidee.

Die vergleichende Heranziehung des Rechtsprechungsrechts zur Eruiierung der Regelungsidee ist nicht auf den nationalen Kontext beschränkt. Zur Ermittlung der Regelungsidee der Koalitionsfreiheit wird mitunter auf nicht verbindliche Spruchpraxis von Kontrollorganen der Internationalen Arbeitsorganisation (ILO) Bezug genommen. Dies zeigt sich in BGE 144 I 50 ff.: Die Gewerkschaft «*Verband Personal Öffentlicher Dienst*» (VPOD) verlangte die Aufhebung des Tessiner Verbots des Zugangs für Gewerkschaftsvertreter zu Gebäuden der Verwaltung. Der *Consiglio di Stato del Cantone Ticino* verabschiedete einen Erlass, wonach der Zugang zu kantonalen Verwaltungsgebäuden für gewerkschaftliche Aktivitäten grundsätz-

⁸⁰¹ BGE 134 I 114 E. 6.1 ff. S. 120 ff.; 117 Ia 311 E. 3 ff. S. 316 ff.; 114 Ia 129 E. 5 S. 136 ff.

⁸⁰² Es besteht demnach kein verfassungsrechtlicher Anspruch auf eine generelle Dispensation von Fächern oder schulischen Ausflügen aus Gründen der Religionsfreiheit. Vgl. BGer 2C_724/2011 vom 11. April 2012 E. 3.4.2 und 3.5.

⁸⁰³ Dies wird mit dem Umstand begründet, dass das Verbot des Tragens von religiösen Symbolen an der Schule Schüler in den Konflikt brächte, entweder einem staatlichen oder aber einem religiösen, durch ihre Herkunft und die Familie vermittelten Gebot zuwiderhandeln zu müssen; BGE 139 I 280 E. 5.2 S. 285 mit Verweis auf Art. 3 KRK; vgl. auch BGE 119 Ia 178 E. 8a S. 194; 117 Ia 311 E. 4b S. 318; 114 Ia 129 E. 5b S. 137 f.

lich untersagt wurde. Der Erlass sah dabei die Möglichkeit für Ausnahmegewilligungen vor; entsprechende Gesuche für Treffen der Gewerkschaftsvertreter mit ihren Mitgliedern in den Verwaltungsräumlichkeiten zu arbeitsrechtlichen Fragen hätten an die Staatskanzlei gerichtet werden müssen. Auch das Aufhängen von Plakaten und Verteilen von Flugblättern sollte nur nach vorgängiger Ankündigung und beschränkt möglich sein. Das Bundesgericht erblickte darin eine Verletzung der Koalitionsfreiheit gemäss Art. 28 BV, die (auch) das Recht verankert, Gewerkschaften zu gründen und ihnen beizutreten.

Das Bundesgericht legte Inhalt und Tragweite der Koalitionsfreiheit gemäss Art. 28 BV, besonders in Bezug auf die Tätigkeiten der Gewerkschaften, aus⁸⁰⁴. Die Tragweite der Koalitionsfreiheit (Art. 28 BV) zur Frage der Zutrittsrechte im Privatsektor (indirekte Drittwirkung) wurde unter Heranziehung der *bundesgerichtlichen Rechtsprechung* sowie der *Spruchpraxis der Kontrollorgane der Internationalen Arbeitsorganisation ILO* eruiert⁸⁰⁵. Das Bundesgericht führte gestützt hierauf aus, der Staat müsse die Gewerkschaften in die Lage versetzen, dass sie ihre Aktivitäten tatsächlich frei gestalten könnten⁸⁰⁶. Das Recht auf Zutritt zu den Verwaltungsgebäuden sei wesentlicher Teilgehalt der Koalitionsfreiheit⁸⁰⁷. Die Kantone könnten zwar den Zugang zu öffentlichen Gebäuden regeln. Eine Regelung, welche den Gewerkschaften den Zutritt zu den Verwaltungsgebäuden grundsätzlich verweigere und die Ausübung von gewerkschaftlichen Tätigkeiten im Gebäudeinnern zusätzlich bestimmten Bedingungen unterwerfe, könne zwar von einem relevanten öffentlichen Interesse getragen sein⁸⁰⁸, stelle jedoch einen übermässigen Eingriff in die Koalitionsfreiheit und damit eine Grundrechtsverletzung dar⁸⁰⁹. Die Tragweite der Koalitionsfreiheit wurde unter Bezugnahme auf (mittelbar) vergleichbare Fallkonstellationen (bundesgerichtliche Rechtsprechung und Spruchpraxis der ILO) eruiert und gestützt darauf der Eingriff (als unzulässig) bewertet.

⁸⁰⁴ BGE 144 I 50 E. 4.1 und 4.2 S. 52 ff.

⁸⁰⁵ BGE 144 I 50 E. 4.1 S. 54 f. und insb. E. 5.3.3 S. 60 ff. mit Blick auf die Tragweite «dell'esistenza di una sfera di autonomia del sindacato».

⁸⁰⁶ BGE 144 I 50 E. 5.3.2 f. S. 59 ff., mit Verweis auf die Verpflichtungen des internationalen Rechts, namentlich der ILO-Übereinkommen Nr. 87 und 98; Art. 11 EMRK und Art. 22 UNO-Pakt II.

⁸⁰⁷ BGE 144 I 50 E. 5.3.3 und 5.4 S. 60 ff.

⁸⁰⁸ BGE 144 I 50 E. 6.4.1 S. 66 f.

⁸⁰⁹ BGE 144 I 50 E. 6.3 ff. S. 64 ff.

c **Rechtsgleichheit**

Die starke grundrechtliche Wirkung des *Case Law* ist nicht auf Freiheitsrechte oder soziale Grundrechte beschränkt. Veranschaulicht werden kann die Entwicklung des Präjudizes auch am Beispiel des Rechtsgleichheitsgebots, etwa am Urteil des Bundesgerichts zu den *visuomotorischen Störungen*⁸¹⁰. Dieses befasst sich mit den verfassungsrechtlichen Grundsätzen zum Diskriminierungsverbot gemäss Art. 8 Abs. 2 BV, wobei die Bestimmungen des Behindertengleichstellungsrechts⁸¹¹ die Auslegung von Art. 8 Abs. 2 BV konkretisieren⁸¹².

Ein Mensch mit *Behinderungen* ist eine Person, der es eine voraussichtlich dauernde körperliche, geistige oder psychische Beeinträchtigung erschwert oder verunmöglicht, alltägliche Verrichtungen vorzunehmen, soziale Kontakte zu pflegen, sich fortzubewegen, sich aus- und fortzubilden oder eine Erwerbstätigkeit auszuüben⁸¹³. Eine *Benachteiligung* liegt vor, wenn Behinderte rechtlich oder tatsächlich anders als Nichtbehinderte behandelt und dabei ohne sachliche Rechtfertigung schlechtergestellt werden als diese oder wenn eine unterschiedliche Behandlung fehlt, die zur tatsächlichen Gleichstellung Behinderter und Nichtbehinderter notwendig ist⁸¹⁴.

Das in Art. 8 Abs. 2 BV enthaltene Verbot der mittelbaren Diskriminierung gewährt Personen mit Behinderung demnach einen Anspruch auf formale Prüfungserleichterungen, die ihren individuellen Bedürfnissen angepasst sind (sog. *Nachteilsausgleich*). Die gebotene formale Anpassung des Prüfungsablaufs erfolgt in unterschiedlicher Weise, wobei jeweils Art und Grad der Behinderung zu berücksichtigen sind. In Betracht kommen dabei namentlich Prüfungszeitverlängerungen, längere oder zusätzliche Pausen, eine stärkere Prüfungsgliederung, die Abnahme der Prüfung in mehreren Etappen oder andere Prüfungsformen⁸¹⁵. Eine Anpassungsmassnahme darf demgegenüber nicht dazu führen, dass wichtige Fähigkeiten, deren Vorhandensein mit der infrage stehenden Ausbildung sicher-

⁸¹⁰ BGer 2C_974/2014 vom 27. April 2015, insb. E. 3 und 4.

⁸¹¹ Behindertengleichstellungsgesetz (BehiG) vom 13. Dezember 2002 (SR 151.3).

⁸¹² BGE 138 I 162 E. 3.1 S. 164 f.

⁸¹³ Art. 2 Abs. 1 BehiG; BGer 2C_974/2014 vom 27. April 2015, insb. E. 3.2; 2C_368/2014 vom 19. Dezember 2014 E. 3.1; 2C_130/2012 vom 9. Mai 2012 E. 5; 2C_930/2011 vom 1. Mai 2012 E. 3.3.

⁸¹⁴ Art. 2 Abs. 2 BehiG; BGE 139 II 289 E. 2.2.2 S. 294.

⁸¹⁵ BGer 2D_7/2011 vom 19. Mai 2011 E. 3.2.

gestellt werden sollten, nicht mehr überprüft werden könnten⁸¹⁶. Auch müssten Behinderungen von einer unabhängigen Stelle hinreichend abgeklärt sein⁸¹⁷.

Auch den neu zu beurteilenden Fall einer visuomotorischen Störung, d.h. einer Behinderung der Koordination von visueller Wahrnehmung und Bewegungsapparat, beurteilte das Bundesgericht auf der Grundlage bereits entschiedener Konstellationen. Unter vergleichender (indirekt analoger) Heranziehung der Präjudiziellen Erwägungen, gestützt auf welche die Schutzwirkung des Rechtsgleichheitsgebots für den Bereich der Behinderungen im Schulbereich entwickelt wurde, schloss es neu auch den Nachteilsausgleich in Form eines Computers als Schreibhilfe in das Verfassungsgebot ein⁸¹⁸.

Das Beispiel zu Art. 8 BV zeigt, wie der Sinn der Norm zu ihrer Konkretisierung offen ist und durch Normanwendungsprozesse stabilisiert wird.

Mit jeder neuen Anwendung werden die Formen der Axiomatisierung als Präjudizielle Erwägungen herangezogen, um die Tragweite der bisherigen Wirkungen der Norm zu vergegenwärtigen und dann (für neue Sachverhaltskonstellationen) eigens Anwendungsmassstäbe zu entwickeln, sodass später hinreichend ähnlich gelagerte Fälle direkt darunter subsumiert werden können.

Bei bereits zahlreichen Normanwendungen differenzieren sich die Anwendungsmassstäbe zu einer Norm oder Normgruppe demnach weiter aus, und mit jeder neuen Anwendung auf die Untergruppe stabilisieren sich deren spezifische Anwendungsmassstäbe.

3.6 Direkte Analogie: Subsumtion unter dieselben Anwendungsmassstäbe und Grenzkriterien

a Allgemein: Rechtssatzartige Heranziehung

Im Rahmen der Rechtsanwendung können neu zu beurteilende Grundrechtskonstellationen auch hinreichend nah an einer bereits entschiedenen Konstellation

⁸¹⁶ BGE 134 I 105 E. 5 S. 108 f.; 122 I 130 E. 3c/aa S. 136; Urteil 2D_7/2011 vom 19. Mai 2011 E. 3.2.

⁸¹⁷ BGer 2C_974/2014 vom 27. April 2015 E. 3.4.

⁸¹⁸ Im Konkreten in Gutheissung der Beschwerde; BGer 2C_974/2014 vom 27. April 2015 E. 5.

sein, sodass sie anhand *derselben* bereits für solche Sachverhaltskonstellationen entwickelten Massstäbe direkt subsumiert werden können (*direkte Analogie*).

Die Gerichte machen sich hier also zunutze, dass für hinreichend ähnliche Sachverhaltskonstellationen bereits abstrakte Anwendungsmassstäbe entwickelt wurden. Wenn sich die neu zu beurteilende Fallkonstellation hinreichend ähnlich präsentiert, werden diese Anwendungsmassstäbe bzw. Präjudizielle Erwägungen im Urteil direkt als Regel, mithin rechtssatzartig, angewendet. Diskutiert wird im Rahmen der Rechtsfindung dann insbesondere, ob und in welchem Ausmass die neu zu beurteilende Fallkonstellation die Präjudiziellen Erwägungen zur Norm erfüllt.

Die rechtssatzartige Heranziehung kann an Beispielen aufgezeigt werden. Sie gruppieren sich insbesondere in spezifische Anspruchskonstellationen von einzelnen Grundrechten.

b Prozessuales Verfassungsrecht

Die Entwicklung kann am Beispiel des Prozessualen Verfassungsrechts veranschaulicht werden. Nach Art. 29 Abs. 1 BV hat jede Person in Verfahren vor Gerichts- und Verwaltungsinstanzen Anspruch auf gleiche und gerechte Behandlung sowie auf Beurteilung innert angemessener Frist. Neben dem Anspruch auf ein faires Verfahren (Art. 29 Abs. 1 Teil 1 BV) hat die Rechtsprechung zu Art. 29 Abs. 1 Teil 2 BV („gleiche und gerechte Behandlung“) eine Reihe von Ansprüchen herausgebildet, welche sich als Verbot der *Rechtsverweigerung im weiten Sinne* zusammenfassen lassen⁸¹⁹.

Als Interpretation der gleichen und gerechten Behandlung hat das Bundesgericht die Untergruppe der Ansprüche auf Verbot des überspitzten Formalismus, Verbot der Kognitionsunterschreitung, richtige Zusammensetzung der Entscheidbehörde und den Anspruch auf Revision entwickelt. Unter dem Anspruch auf Behandlung innert angemessener Frist hat die Praxis das Verbot der Rechtsverweigerung im engeren Sinn (*refus de statuer*) und das Verbot der Rechtsverzögerung (Beschleunigungsgebot) herausgebildet.

Die Unterkonstellationen zu Art. 29 Abs. 1 Teil 2 BV werden in Form von Anwendungsprämissen (Präjudiziellen Erwägungen) konkretisiert. Die Präjudiziellen Erwägungen zum Verbot des überspitzten Formalismus etwa lauten (in Kurzform): «[Überspitzter Formalismus] liegt vor, wenn für ein Verfahren rigorose

⁸¹⁹ BSK-ZPO 2017, Karlen/Hänni, N. 8 ff. ad Art. 29 BV.

Formvorschriften aufgestellt werden, ohne dass die Strenge sachlich gerechtfertigt wäre, wenn die Behörde formelle Vorschriften mit übertriebener Schärfe handhabt oder an Rechtsschriften überspannte Anforderungen stellt und den Rechtssuchenden den Rechtsweg in unzulässiger Weise versperrt»⁸²⁰. Solche Präjudiziellen Erwägungen werden für die Falllösung rechtssatzartig, zur direkten Subsumtion, herangezogen.

Der nunmehr in Art. 29 Abs. 2 BV verankerte Anspruch auf rechtliches Gehör ist, wie auch die weiteren oben genannten Verfahrensgarantien, vom Bundesgericht ursprünglich rechtsfortbildend aus Art. 4 der Bundesverfassung von 1874 («Alle Schweizer sind vor dem Gesetze gleich») hergeleitet worden⁸²¹. Auch die weitere Ausdifferenzierung in Untergruppen wie das Recht auf Orientierung, Äusserung und Teilnahme am Beweisverfahren, Recht auf Akteneinsicht, Recht auf Prüfung und Begründung, Recht auf Vertretung und Verbeiständung ist vom Gericht entwickelt worden. Die Untergruppen mit ihren jeweiligen Präjudiziellen Erwägungen werden für die Falllösung rechtssatzartig herangezogen. Aufgrund der Kodifizierung in Art. 29 Abs. 2 BV und der zuvor durch Rechtsprechung schon erfolgten Ausprägung in Untergruppen sind Gehörsverletzungsfälle stark konkretisiert, sodass zu beurteilende Sachverhaltskonstellationen direkt unter die Präjudiziellen Erwägungen der einschlägigen Untergruppe subsumiert werden.

Das Gleiche trifft auf weitere Garantien des prozessualen Verfassungsrechts zu, wie etwa den Anspruch auf ein unabhängiges und unparteiisches Gericht (Art. 30 BV). Darunter fällt die sog. Vorbefassung, die mehrfache Befassung mit einer Streitsache, die eine Verletzung von Art. 30 BV begründen kann. Die Präjudiziel-

⁸²⁰ Die vollständige Präjudizielle Erwägung wird oftmals wie folgt formuliert: «Art. 29 Abs. 1 BV verbietet überspitzten Formalismus als besondere Form der Rechtsverweigerung. Eine solche liegt vor, wenn für ein Verfahren rigorose Formvorschriften aufgestellt werden, ohne dass die Strenge sachlich gerechtfertigt wäre, wenn die Behörde formelle Vorschriften mit übertriebener Schärfe handhabt oder an Rechtsschriften überspannte Anforderungen stellt und den Rechtssuchenden den Rechtsweg in unzulässiger Weise versperrt. Wohl sind im Rechtsgang prozessuale Formen unerlässlich, um die ordnungsgemässe und rechtsgleiche Abwicklung des Verfahrens sowie die Durchsetzung des materiellen Rechts zu gewährleisten. Nicht jede prozessuale Formstrenge steht demnach mit Art. 29 Abs. 1 BV im Widerspruch. Überspitzter Formalismus ist nur gegeben, wenn die strikte Anwendung der Formvorschriften durch keine schutzwürdigen Interessen gerechtfertigt ist, zum blossen Selbstzweck wird und die Verwirklichung des materiellen Rechts in unhaltbarer Weise erschwert oder verhindert»; BGE 142 I 10, S. 11; 135 I 6 E. 2.1 S. 9; 130 V 177 E. 5.4.1 S. 183 f.

⁸²¹ Vgl. BGE 85 I 204 E. 1 m. H.

len Erwägungen zur Vorbefassung lauten: «Das Bundesgericht hat zur Beurteilung, ob eine vorbefasste Person im konkreten Fall in den Ausstand treten muss, Kriterien entwickelt. [Es] fällt [insbesondere] in Betracht, welche Fragen in den beiden Verfahrensabschnitten zu entscheiden sind und inwiefern sie sich ähnlich sind oder miteinander zusammenhängen. Zu beachten ist ferner der Umfang des Entscheidungsspielraums bei der Beurteilung der sich in den beiden Abschnitten stellenden Rechtsfragen. Massgebend ist schliesslich, mit welcher Bestimmtheit sich der Richter bei seiner ersten Befassung zu den betreffenden Fragen ausgesprochen hat»⁸²². Unter welchen Umständen ein Ausstandsgrund gegeben ist und wann nicht, wird auf dem Wege der Rechtsprechung in Fallgruppen geprägt und eingeordnet und alsdann in direkter Analogie für Einzelfälle zur Anwendung gebracht.

c Eingriffsrechtfertigung

Zentrale Bedeutung erlangt die direkte Heranziehung des *Case Law* insbesondere bei der Prüfung von Einschränkungen von Freiheitsrechten. Das *Case Law* nimmt gerichtlich entwickelte Anwendungsmassstäbe zur Norm, insbesondere aber auch Kriterien zur Prüfung der Verhältnismässigkeit in sich auf (Grenzkriterien). Auf diese Weise zeigen normakzessorische Regeln aus direkt vergleichbaren Fallkonstellationen auf, welche Schutzwirkungen das Grundrecht bereits entwickelt hat. Die beurteilten Konstellationen ermöglichen eine konkretere Sichtweise hinsichtlich der Einschränkungen, welchen die Norm unterstehen kann⁸²³.

Wenn zahlreiche Fälle ergangen sind, differenzieren sich die Kriterien aus dem *Case Law* auf sachverhaltlich *typisierte Fallkonstellationen*. Diese greifen ebenso auf die Erfahrung des Fallmaterials zurück und differenzieren die allgemeinen Anwendungsmassstäbe und Grenzkriterien in diverse Unterkategorien. Unter dem Schutz der Privatsphäre (Art. 13 BV) existieren etwa für die Unterkonstellationen Privat- und Familienleben ausdifferenzierte Anwendungsmassstäbe und Grenzkri-

⁸²² BGE 140 I 326 E. 5.1 S. 329. Vgl. zu weiteren Unterkategorien BSK-ZPO 2017, Karlen/Hänni, N. 7 ff. ad Art. 30 BV.

⁸²³ Zu beachten ist dabei, wie noch im Detail ausgeführt wird: Es überschneiden sich im *Case Law* für verschiedene Anwendungskonstellationen Aspekte des Schutzbereichs bzw. der Einschränkungsmöglichkeiten und der Verhältnismässigkeit. Die Begriffe überlagern sich insoweit, als sich die Möglichkeit der Einschränkung auch an der Tragweite des Grundrechts misst.

terien⁸²⁴. Da solche Grundrechtskonkretisierungen regelmässig im Zusammenspiel mit dem internationalen *Case Law* entwickelt werden, ist zunächst auf die Funktion der Verbundgerichte einzugehen.

4. «Verbundcharakter» der Grundrechtsverwirklichung

Kasuistische Vorgaben ergeben sich nicht nur aus dem nationalen Verfassungsrecht. Vielmehr sind sie auch Folge des Einbaus rechtlicher Argumentationen europäischer Gerichte in das schweizerische Recht⁸²⁵. Fallrecht und Judikatives Recht ist gerade im Bereich der Grundrechte, der Grundfreiheiten, aber auch in weiteren Teilen des Verwaltungsrechts durch die Zusammenarbeit mit internationalen Gerichten, in diesem Sinne von einem «Verbundcharakter», geprägt⁸²⁶.

Unter dem Gesichtspunkt der Verbundgerichte zeigt sich, wie bei der Entwicklung der entscheidungsrelevanten Anwendungsmassstäbe *Rechtswirkungen der Entscheidungen* anderer (vor allem europäischer) Gerichte beachtet werden. Die Schweiz hat sich im Rahmen von Staatsverträgen verpflichtet, Grundrechte und Grundfreiheiten zu verwirklichen. Die Verwirklichung zeigt sich gerade in der

⁸²⁴ Vgl. für dieses Grundrecht und die weitere Ausdifferenzierung insbesondere unter Einbeziehung der Vorgaben des internationalen Rechts unten, Kap. 3 VI 5 5.2 a.

⁸²⁵ Vgl. für Deutschland Albers, Rechtsfindung, S. 279. In der Schweiz kann die bundesgerichtliche Rechtsprechung zum Recht auf Familiennachzug im Anwendungsbereich des FZA als Beispiel dienen: In BGE 130 II 1 ist das Bundesgericht dem EuGH in dessen *Akrich*-Rechtsprechung (Urteil vom 23. September 2003 [C-109/01]) gefolgt, wonach ein Nachzug von Familienangehörigen aus Drittstaaten nur zulässig war, soweit diese sich zuvor rechtmässig und dauerhaft in einem Vertragsstaat des Freizügigkeitsabkommens aufhielten. Mit seiner Entscheidung i.S. *Metock* (Urteil vom 25. Juli 2008 [C-127/08]) änderte der EuGH seine Praxis, indem neu der Familiennachzug bei Drittstaatenangehörigen nicht mehr von einem Aufenthaltstitel in einem Mitgliedstaat abhängig gemacht werden durfte. In der Folge verzichtete auch das Bundesgericht in BGE 136 II 5 auf diese Einschränkung, nachdem es festhielt, dass sich den Gründen für die Rechtsprechungsänderung durch den EuGH «die Überzeugungskraft nicht absprechen» liesse (E. 3.7 S. 19). Vgl. auch J. P. Müller, Koordination des Grundrechtsschutzes, S. 20.

⁸²⁶ Albers, Rechtsfindung, S. 287. SLAUGHTER spricht von einer «Community of the Courts» in: Slaughter, World, S. 68; ähnlich unter dem Titel «A Global Community of Courts» (dies., Community, S. 191 ff.). Zum Bild des Netzwerks Kemmerer, Knoten, S. 198 ff.

Anwendung anstelle einer einfachen vertraglichen Übernahme weit mehr als *Verbindung*. Der Begriff des «Rechtsprechungsverbunds» verdeutlicht denn auch die rechtliche Zusammenarbeit zwischen Gerichten⁸²⁷.

Bereits hier wird ersichtlich, dass die *Rechtsprechung* für die Ausgestaltung der Zusammenarbeit eine bedeutsame Rolle spielt⁸²⁸. Sie trägt im Rahmen von internationalen Vertragspflichten zur Gestaltung und Konkretisierung des nationalen Rechts wesentlich bei und umgekehrt auch zur Interpretation internationaler Bestimmungen. Die Gerichte entwickeln im Rahmen der staatsvertraglichen Zusammenarbeit ein Spektrum an Verbundsbeziehungen⁸²⁹, dies beispielsweise als Vorrang-, Vorbehalts-, Loyalitäts-, Entscheidungsspielraum- oder Kontrollverzichtregeln. Daneben existieren unmittelbare materiell-rechtlich wirksame Verknüpfungen, etwa indem staatsvertragliche Rechte als Bestandteil der nationalen Rechtsordnung gehandhabt werden. Die *Ausarbeitung dieser Massstäbe* wird angesichts zunehmender verfassungs- und europarechtlicher Bindungen als hochkomplex angesehen⁸³⁰. Die Bindungen werden in der Rechtsfindung stark reflektiert. Es lohnt sich also, ihre Genese und Wirkung im Rechtsfindungsprozess in kurz gefasster Form darzustellen.

Der Verbundcharakter besteht in der Schweiz zunächst einmal zwischen dem Bundesgericht und dem EuGH, dies im Rahmen der bilateralen Verträge mit der EU und ihren Mitgliedstaaten. Es bestehen etwa vertragliche Übernahmepflichten für die Rechtsprechung im Bereich des Freizügigkeitsabkommens (FZA) vor dem Stichtag vom 21. Juni 1999. Obwohl die Schweiz aufgrund des Wortlauts nicht dazu verpflichtet ist, leitet das Bundesgericht aus dem Vertragszweck ab, dass auch die nach dem Stichtag ergangene Rechtsprechung zu berücksichtigen ist, sofern keine «triftigen Gründe» für ein Abweichen vorliegen⁸³¹. BGE 136 II 5 ff.

⁸²⁷ Vgl. Albers, Rechtsfindung, S. 265, 288, 295; Oeter/Merli, Rechtsprechungskonkurrenz, 375 ff.; Vosskuhle, Verfassungsgerichtsverbund, S. 3 ff.; Rosas, ECJ, S. 6 ff. Zu rechtlichen Verknüpfungen unter dem Aspekt des Jurisdiktionskonflikts vgl. auch Sauer, Jurisdiktionskonflikte, passim.

⁸²⁸ Vgl. Albers, Rechtsfindung, S. 289.

⁸²⁹ Als «Verbundtechniken» bezeichnet dies etwa Vosskuhle, Verfassungsgerichtsverbund, S. 3.

⁸³⁰ Vgl. Albers, Rechtsfindung, S. 267, 288.

⁸³¹ BGE 142 II 35 E. 3.2 S. 38 f.; 140 II 112 E. 3.2 S. 117; 139 II 393 E. 4.1.1 S. 397 f.; 136 II 65 E. 3.1 S. 70 f.; 136 II 5 E. 3.4 S. 12 f. Die Verpflichtung bezieht sich zudem ausschliesslich auf die im FZA übernommenen Grundfreiheiten, nicht etwa auf wei-

(Familiennachzug von Stiefkindern) markiert ein Beispiel für eine von der Rechtsprechung ausgestaltete Berücksichtigungspflicht⁸³².

Für den Bereich der Grundrechte ist die Verbindung zum EGMR und zur Rechtsprechung zur EMRK von besonderer Bedeutung. Dabei ist die Verflechtung besonders eng; die Rechte der *EMRK* haben in der Schweiz *Verfassungsrang*⁸³³. Die in der EMRK verbrieften Freiheiten entsprechen teilweise dem Wortlaut der Rechte innerhalb der Bundesverfassung. Sowohl die wörtlich übereinstimmenden Bestimmungen der Verfassung als auch diejenigen, die unter einem auch abweichenden Wortlaut die in der EMRK garantierten Rechte verbürgen, werden so ausgelegt, dass die Ansprüche im Rahmen des Mindeststandards der EMRK gewährleistet sind. Soweit die Verfassung weitergehende Rechte vorsieht, sind diese massgeblich.

In der Schweiz ergibt sich daher gerade im Bereich der Grundrechte eine starke Verflechtung zwischen der *Auslegung von Normen einerseits und der Deutung von Gerichtsentscheidungen andererseits*⁸³⁴. Die Verflechtung ist Ausdruck des Rechtsprechungsverbands. Sie prägt die höchstgerichtliche Rechtsfindung hin zur Konkretisierung der Entscheidungsnorm.

Im vorliegenden Zusammenhang steht im Zentrum des Interesses, wie der Grundrechtsgehalt im Rahmen der Rechtsfindung ermittelt wird. Wie erfolgt also die Normkonkretisierung im Bereich der Grundrechte unter Einbezug des internationalen Rechts?

5. Entwicklung der Anwendungsmassstäbe unter Berücksichtigung des internationalen Rechts

5.1 Überblick

Die Entwicklung gerichtlicher Anwendungsmassstäbe misst sich im Bereich der Grundrechte nicht nur an der nationalen Gesetzgebung und der Verfassung, son-

tere, verwandte Rechte wie solche der Unionsbürgerschaft. Vgl. im Detail Jaag/Hänni, Europarecht, N. 4047a; Epiney et al., Parallelität, S. 155 ff.

⁸³² Vgl. im Detail Jaag/Hänni, Europarecht, N. 4047a.

⁸³³ BGE 101 Ia 67 E. 2c S. 69; 101 IV 252 E. 1 S. 253; 105 V 1 S. 3.

⁸³⁴ Vgl. für Deutschland ähnlich Albers, Rechtsfindung, S. 268.

dern weiter an den *internationalen grundrechtlichen Bindungen*⁸³⁵. Insbesondere im Bereich der EMRK ist die Bildung von Massstäben für die Auslegung des nationalen Rechts durch das internationale Rechtsprechungsrecht mitgeprägt.

Im Rahmen der Anwendung ist die eingangs erwähnte offene Qualität von Grundrechten spezifisch zu beachten. Grundrechte sind sich auf verschiedene Sachbereiche beziehende, stark konkretisierungsbedürftige Rechte. Oftmals zeigen sich weitere, bisher nicht bekannte Aspekte ihres normativen Gehalts erst mit der Betrachtung konkreter *Einzelfälle*. Wie im Kapitel zur Axiomatik dargelegt⁸³⁶, erschliesst sich der Normsinn von Grundrechten häufig erst vor (neu) zu beurteilenden Sachverhalten.

Die Anwendungserfahrung wird dabei durch die internationalen Gerichte massgeblich erweitert. Die Kenntnis der internationalen Rechtsprechung zu den Regeln, die in der Schweiz Verfassungsrang haben, wird in die Massstababbildung eingebracht. Der EGMR definiert über die Erfahrung der europaweiten Einzelfälle einen Mindestinhalt der Konventionsrechte als ihren normativen Gehalt. Die Bedeutung des internationalen Menschenrechtsschutzes zeigt sich entsprechend bereits bei der Herausarbeitung von Anwendungsmassstäben für die nationalen Grundrechte. Wie Ansprüche aus Staatsverträgen Berücksichtigung finden müssen, ist Gegenstand des Verfahrens der Rechtsfindung⁸³⁷.

Die Wirkungen auf die Rechtsfindung lassen sich dabei unter *spezifischen Hauptaspekten* aufzeigen. Zunächst prägt das internationale Fallrecht die Anwendungsvoraussetzungen des betreffenden Grundrechts mit, andererseits die Eingriffsprüfung unter dem Gesichtswinkel der Verhältnismässigkeit (*Grenzkriterien*). Gerade wenn öffentliche oder private Interessen bestehen, ein Grundrecht einzuschränken, ist in der Rechtsfindung ein spezifisches Augenmerk auf die Zusammenarbeit der Gerichte im Hinblick auf die Herausarbeitung des Mindeststandards des Grundrechtsschutzes im Rahmen der Verhältnismässigkeitsprüfung zu richten.

Das Gewicht, das dem internationalen Fallrecht für die Grundrechtsverwirklichung im Rahmen von internationalen Verträgen zukommt, soll im Folgenden an-

⁸³⁵ Vgl. Albers, Rechtsfindung, S. 261. Zur europarechtlichen Bindung unten, Kap. 3 VI 5 5.3.

⁸³⁶ Vgl. oben, Kap. 2 III 2 2.1.

⁸³⁷ Vgl. auch J. P. Müller, Freiheit, S. 149 f.

hand der Rechtsprechung zu den praktisch aktuell besonders bedeutsamen Art. 8 und 9 EMRK aufgezeigt werden.

Die Analyse folgt wiederum zuerst unter der Perspektive der indirekten Analogie (nachfolgend 5.2 und 5.3 a), danach unter dem Gesichtspunkt der direkten Analogie (nachfolgend 5.3 b und 5.3 c). Schliesslich werden die Erkenntnisse herausgearbeitet (6.) und zusammengefasst (7.).

5.2 Tragweite – Umfang und Konturierung der Regelungsidee

a Das Beispiel von Art. 8 EMRK

Art. 8 EMRK schützt das Recht auf Achtung des Privat- und Familienlebens. Nach Ziff. 1 hat jede Person das Recht auf Achtung ihres Privat- und Familienlebens, ihrer Wohnung und ihrer Korrespondenz. Gemäss Ziff. 2 darf eine Behörde in die Ausübung dieses Rechts nur eingreifen, soweit der Eingriff gesetzlich vorgesehen und in einer demokratischen Gesellschaft notwendig ist für die nationale oder öffentliche Sicherheit, für das wirtschaftliche Wohl des Landes, zur Aufrechterhaltung der Ordnung, zur Verhütung von Straftaten, zum Schutz der Gesundheit oder der Moral oder zum Schutz der Rechte und Freiheiten anderer.

Der EGMR hat eine ausdifferenzierte Praxis nicht nur zur Anwendbarkeit, sondern auch zu spezifischen materiellen Teilgehalten wie zu den beiden (Unter-)Begriffen des Privat- und des Familienlebens sowie zum kombinierten Schutzbereich entwickelt. Er definiert Voraussetzungen, unter denen das Grundrecht angerufen werden kann, und nennt je unter den spezifischen Schutzbereichen Gesichtspunkte zur Rechtfertigung von Einschränkungen.

Eine ähnliche Struktur weist Art. 13 BV (Schutz der Privatsphäre) auf. Gemäss der Bestimmung hat jede Person Anspruch auf Achtung ihres Privat- und Familienlebens, ihrer Wohnung sowie ihres Brief-, Post- und Fernmeldeverkehrs. Nach Art. 36 BV bedürfen Einschränkungen von Grundrechten einer gesetzlichen Grundlage. Einschränkungen müssen durch ein öffentliches Interesse oder durch den Schutz von Grundrechten Dritter gerechtfertigt sowie verhältnismässig sein (Art. 36 Abs. 1–3 BV).

Ausländerrechtliche Fernhaltungsmassnahmen können unter bestimmten Umständen das Recht auf Familienleben und allenfalls das Recht auf Privatleben verletzen⁸³⁸, auch wenn die Konvention keinen Anspruch auf Wahl gewährt, wo das Privat- oder Familienleben gelebt wird. Unter dem Aspekt des Familienlebens ist Art. 8 EMRK und auch Art. 13 BV berührt, wenn eine staatliche Entfernungs- oder Fernhaltungsmassnahme gegenüber einer ausländischen Person eine nahe, echte und tatsächlich gelebte familiäre Beziehung zu einer in der Schweiz gefestigt anwesenheitsberechtigten Person beeinträchtigt, ohne dass es dieser ohne weiteres möglich bzw. zumutbar wäre, ihr Familienleben andernorts zu pflegen⁸³⁹.

Die Anwendungsmassstäbe werden in der nationalen Rechtsprechung aufgenommen, beispielsweise hinsichtlich spezifischer abgeleiteter Rechte wie etwa eines Anwesenheitsrechts aus dem Recht auf Privat- und Familienleben (Art. 8 EMRK). Die Tragweite des nationalen Grundrechts wird auch durch die Rezeption des – oder besser: in einem Wechselspiel mit dem – internationalen Recht(s) bestimmt, wie sich anhand von Urteilen veranschaulichen lässt.

b Konturierung der Schutztiefe des Grundrechtsgehalts

So stellt sich für die Anwendung von Art. 8 EMRK etwa die Frage, was *tatsächliches Familienleben* ist, z.B. ob die Konvention nach Scheidung und dem Wegfall einer elterlichen Sorge eines ausländischen Ehegatten die Schutzwirkung auslösen kann. Im *Urteil Berrehab*⁸⁴⁰ (1988) des EGMR hatte ein in den Niederlanden ansässiger marokkanischer Staatsangehöriger mit einer Niederländerin ein gemeinsames Kind, das wie die Mutter die niederländische Staatsangehörigkeit besass. Im Jahr der Geburt des Kindes (1979) liessen sich die Ehepartner scheiden. Die Mutter erhielt die elterliche Sorge (damals: elterliche Gewalt). Dem Vater wurde die Zahlung von Unterhaltskosten auferlegt und er wurde zum Hilfsvormund seiner Tochter bestellt. Er besuchte seine Tochter häufig und regelmässig, d.h. viermal pro Woche während mehrerer Stunden. Sein Antrag um Verlängerung der Aufenthaltsbewilligung wurde abgelehnt, die Wegweisung 1984 vollstreckt. Nach einem Besuch der ehemaligen Ehegattin und der gemeinsamen Tochter mit Visum heirateten die beiden 1985 erneut. Der Beschwerdeführer und seine Gattin rekur-

⁸³⁸ BGE 126 II 377 E. 2b/cc S. 383; 138 I 246 E. 3.2.1 S. 250; BGer 2C_536/2013 vom 30. Dezember 2013 E. 2.2, nicht publ. in BGE 140 II 129.

⁸³⁹ BGE 144 II 1 E. 6.1; 139 I 330 E. 2.1 S. 335 f.; 137 I 247 E. 4.1.2 S. 249 f.; 116 Ib 353 E. 3c S. 357.

⁸⁴⁰ Urteil des EGMR *Berrehab gegen Niederlande* vom 21. Juni 1988 (10730/84).

rierten erfolglos gegen den 1984 vollzogenen Ausweisungsentscheid. Vor dem EGMR rügten sie die Verletzung von Art. 8 EMRK. Entsprechend galt es zu entscheiden, ob das Familienleben zwischen dem Beschwerdeführer und seinem Kind gegeben war. Die Beschwerdeführer machten geltend, die Anwendung von Art. 8 EMRK hänge nicht von einem ständigen Zusammenleben ab. Das Band des Familienlebens sei aufgrund der regelmässigen Besuche des Beschwerdeführers während des Getrenntlebens nicht gerissen gewesen.

Der EGMR erachtete die Verweigerung der Aufenthaltsbewilligung und die Wegweisung als Eingriffe in Art. 8 EMRK, die der Überprüfung unter dem Aspekt von Ziff. 2 bedurften⁸⁴¹. Eine *gesetzliche Grundlage* war unbestritten vorhanden; der EGMR anerkannte die die Wegweisung motivierende Regulierung des Arbeitsmarktes als *rechtmässiges Ziel* im Sinne des wirtschaftlichen Wohls des Landes⁸⁴². Hinsichtlich der *Notwendigkeit* stellte der EGMR fest, dass zwischen dem Beschwerdeführer und seiner Tochter über mehrere Jahre eine sehr enge Verbindung bestand. Die Wegweisung war geeignet, diese Verbindung stark zu beeinträchtigen. In Anbetracht der konkreten Umstände des Falles war der Gerichtshof der Auffassung, dass «ein Missverhältnis zwischen den angewendeten Mitteln und dem verfolgten rechtmässigen Ziel» bestanden habe⁸⁴³. Der Gerichtshof erachtete die strittigen Massnahmen nicht für «notwendig in einer demokratischen Gesellschaft» und kam zum Ergebnis einer Verletzung von Art. 8 EMRK⁸⁴⁴. Der Schutz des Familienlebens hatte somit gestützt auf die tatsächlichen Verhältnisse auch ohne Sorgerecht des Beschwerdeführers für sein Kind weiterbestanden.

Im Rahmen einer Änderung der Rechtsprechung hat das Bundesgericht in BGE 115 Ib 97 ff. in Reaktion hierauf entschieden, die Erhebung einer (damaligen) Verwaltungsgerichtsbeschwerde sei auch dann zulässig, wenn einem Elternteil die elterliche Sorge nicht zustehe⁸⁴⁵. Im Urteil wird explizit auf das Urteil *Berrehab gegen die Niederlande* Bezug genommen. Da der EGMR Art. 8 EMRK auch als anwendbar erklärt habe, wenn Elternteil und Kind einen intensiven Kontakt pflegten, nicht aber zusammenwohnten, sehe sich das Bundesgericht «veranlasst, auf Verwaltungsgerichtsbeschwerden gegen die Verweigerung einer Aufent-

⁸⁴¹ Urteil des EGMR *Berrehab gegen Niederlande* vom 21. Juni 1988 (10730/84), § 21 ff.

⁸⁴² Art. 8 Ziff. 2 EMRK; Urteil des EGMR *Berrehab gegen Niederlande* vom 21. Juni 1988 (10730/84), § 24 ff.

⁸⁴³ Urteil des EGMR *Berrehab gegen Niederlande* vom 21. Juni 1988 (10730/84), § 29.

⁸⁴⁴ Urteil des EGMR *Berrehab gegen Niederlande* vom 21. Juni 1988 (10730/84), § 29.

⁸⁴⁵ BGE 115 Ib 97 E. 2e S. 99 ff.

haltsbewilligung an ein Kind oder einen Elternteil selbst dann einzutreten, wenn das Kind familienrechtlich nicht unter der elterlichen Gewalt [heute: Sorge] oder Obhut des entsprechenden Elternteils steht»⁸⁴⁶. Voraussetzung bleibe allerdings, dass ein betroffenes Familienglied ein Anwesenheitsrecht in der Schweiz (Schweizer Bürgerrecht oder Niederlassungsbewilligung) habe und dass die familiäre Beziehung tatsächlich gelebt werde und intakt sei⁸⁴⁷.

Für das sich aus der Rechtsprechung des EGMR ergebende Erfordernis einer *tatsächlich gelebten Beziehung* zum Kind hat das Bundesgericht eigene Kriterien hervorgebracht: Die Rechtsprechung geht davon aus, dass ein nicht sorge- bzw. obhutsberechtigter ausländischer Elternteil den Kontakt zu seinem Kind von vornherein nur in beschränktem Rahmen pflegen kann, und zwar durch die Ausübung des ihm eingeräumten Besuchsrechts. Um dieses wahrnehmen zu können, ist in der Regel keine dauernde Anwesenheit im Gastland erforderlich. Unter dem Gesichtspunkt des Anspruchs auf Familienleben nach Art. 8 Ziff. 1 EMRK ist es nach der Rechtsprechung des Bundesgerichts grundsätzlich ausreichend, wenn das Besuchsrecht im Rahmen von Kurzaufenthalten vom Ausland her ausgeübt werden kann, wobei allenfalls dessen Modalitäten entsprechend auszugestalten sind⁸⁴⁸. Ein weitergehender Anspruch fällt nur in Betracht, wenn in wirtschaftlicher und affektiver Hinsicht eine besonders enge Beziehung zum Kind besteht⁸⁴⁹. Die Voraussetzung der «in wirtschaftlicher und affektiver Hinsicht besonders engen Beziehung» ist für bereits in der Schweiz ansässige ausländische Personen erfüllt, wenn der persönliche Kontakt im Rahmen eines nach heutigem Massstab üblichen Besuchsrechts ausgeübt wird⁸⁵⁰. Eine besonders enge wirtschaftliche Beziehung ist erfüllt, wenn der Elternteil entsprechend seiner finanziellen Situation regelmässig Unterhaltsbeiträge oder Naturalleistungen (z.B. alternierende Betreuung) leistet⁸⁵¹. Die Möglichkeit der Naturalleistung ist dabei erst jüngst entwickelt worden⁸⁵² und zeigt die stetige Verfeinerung der Präjudiziellen Erwägungen⁸⁵³.

⁸⁴⁶ BGE 115 Ib 97 E. 2e S. 100.

⁸⁴⁷ BGE 115 Ib 97 E. 2e S. 100.

⁸⁴⁸ BGE 140 I 145 E. 3.2 S. 147.

⁸⁴⁹ BGE 139 I 315 E. 2.2 S. 319; 120 Ib 1 E. 3c S. 5; 120 Ib 22 E. 4 S. 24 ff.

⁸⁵⁰ BGE 139 I 315 E. 2.3–2.5 S. 319 ff.

⁸⁵¹ Vgl. etwa BGER 2C_1141/2014 vom 10. September 2015 E. 3.3.3.

⁸⁵² BGE 143 I 21 E. 6.3.5 S. 35; BGER 2C_497/2014 vom 26. Oktober 2015 E. 6.1 mit Verweis auf Art. 276 Abs. 2 ZGB; 2C_1125/2014 vom 9. September 2015 E. 4.6.1.

⁸⁵³ Das Gleiche gilt für die Leistung von Unterhaltsbeiträgen. Das Kriterium der engen wirtschaftlichen Beziehung wurde zunächst unabhängig von den Gründen, weshalb

Ein Urteil eines Verbundgerichts (wie das soeben geschilderte *Berrehab*-Urteil des EGMR) bildet demnach *einen Ausgangspunkt*, um die anwendbaren Normen im Bereich des nationalen Rechts zu konkretisieren. Die weitere Konkretisierung erfolgt in der nationalen Rechtsordnung; etwa im Rahmen von Art. 50 Abs. 1 lit. b AuG bzw. Art. 50 Abs. 1 lit. b AIG⁸⁵⁴ oder direkt gestützt auf Art. 13 BV⁸⁵⁵.

Das Bundesgericht hat sich also für die Konturierung der Normschutzwirkung am internationalen *Case Law* orientiert, um die eigenen Anwendungsmassstäbe zu Art. 13 BV und Art. 8 EMRK, beispielsweise im Rahmen von Art. 50 AIG, zu entwerfen.

Diese nationalen Anwendungsmassstäbe werden mit der Fallfülle laufend überprüft. Erweisen sie sich für den Normsinn nicht zuträglich, werden sie – im Rahmen der verfassungsmässigen Vorgaben – angepasst⁸⁵⁶.

c Konturierung des Umfangs der Grundrechtswirkung

Erst wenn sich gestützt auf die Anwendungserfahrung zeigt, dass die Normkonkretisierung die Regelungsidee nicht zum Ausdruck bringen kann, werden die Präjudiziellen Erwägungen angepasst. Dadurch wird gleichzeitig die Grundrechtswirkung konturiert: Auch der Umfang der Grundrechtswirkung wird in Auseinandersetzung mit der Rechtsprechung des EGMR festgesetzt.

Ein Beispiel für eine solche Anpassung ist die neue Rechtsprechung zum Privatleben im Sinne von Art. 8 EMRK. Diese Bestimmung bzw. der gleich ausgelegte Art. 13 BV schützt das Familienleben, einen kombinierten Schutzbereich des Familien- und Privatlebens und – in neuerer Zeit – auch immer stärker das Privatleben. Das Bundesgericht hat in einer Grundsatzentscheidung vom Mai 2018 die gerichtlichen Anwendungsmassstäbe im Ausländerrecht unter dem *Aspekt des Privatlebens* grundlegend neu konturiert. Dies wurde unter Bezugnahme auf die

Unterhaltsbeiträge nicht geleistet wurden, verneint; später wurde danach differenziert, ob Unterhaltsbeiträge verschuldet oder nicht verschuldet ausbleiben; BGE 144 I 91 E. 5.2.2 S. 99.

⁸⁵⁴ BGer 2C_1141/2014 vom 10. September 2015 E. 2.3 f.

⁸⁵⁵ BGer 2C_547/2014 vom 5. Januar 2015 E. 3.

⁸⁵⁶ Vgl. hiervor Kap. 3 V 3 3.5 am Beispiel von BGer 2C_547/2014 vom 5. Mai 2015; vgl. auch etwa BGE 143 I 21 E. 6.3.5 S. 35; BGer 2C_1141/2014 vom 10. September 2015 E. 3.3.3.

Rechtsprechung des EGMR und unter Berücksichtigung der spezifischen Anwendungsbedingungen im schweizerischen Recht getan⁸⁵⁷.

Der Begriff des *Privatlebens* wird umfassend verstanden und verschliesst sich einer abschliessenden Definition. Geschützt ist ein Recht auf Selbstbestimmung bzw. das Recht, ein Leben nach seiner Wahl zu führen, sowie die Möglichkeit, Beziehungen zu anderen Menschen aufzunehmen⁸⁵⁸. Obwohl Art. 8 EMRK nicht das Recht beinhaltet, das Privat- und Familienleben an einem spezifischen Ort leben zu dürfen⁸⁵⁹, kann die Ausweisung einer ausländischen Person im Widerspruch zu diesem Recht stehen. Das ist etwa der Fall, wenn das Privat- oder Familienleben nicht ohne weiteres andernorts gelebt werden kann⁸⁶⁰.

Bereits im Jahr 2004 musste das Bundesgericht den Begriff des Privatlebens im Sinne von Art. 8 EMRK bzw. Art. 13 BV konkretisieren. Es stellte dabei fest, es bedürfe hierfür «besonders intensiver, über eine normale Integration hinausgehender privater Bindungen gesellschaftlicher oder beruflicher Natur bzw. entsprechender vertiefter sozialer Beziehungen zum ausserfamiliären bzw. ausserhäuslichen Bereich»⁸⁶¹. Eine lange Anwesenheit und die damit verbundene normale Integration genügten hierzu nicht⁸⁶². Das Bundesgericht hat gestützt auf diese Interpretation von Art. 8 EMRK bzw. Art. 13 BV in zahlreichen Fällen bei Aufenthaltsdauern von ca. zehn bis zwanzig Jahren einen Aufenthaltsanspruch verneint,

⁸⁵⁷ BGE 144 I 266 E. 3.6 S. 274 ff. Eine Verletzung der Konvention wurde früher nur bei einer aussergewöhnlichen Integration und einer sehr langen Anwesenheit bejaht; BGer 2C_266/2009 vom 2. Februar 2010 E. 4; 2C_74/2017 vom 1. Juni 2017 E. 2.2. Die Frage, ob der Schutzbereich von Art. 8 EMRK unter dem Aspekt des Privatlebens ohne aussergewöhnlich gute Integration eröffnet sein kann, wurde vom Bundesgericht bis dahin offengelassen, eine Verletzung von Art. 13 BV bzw. der Konvention insofern verneint, als die Entfernungsmassnahme jedenfalls verhältnismässig sei; vgl. BGer 2C_536/2013 vom 30. Dezember 2013 E. 2.5, nicht publ. in: BGE 140 II 129; 125 II 251 E. 5; 2C_26/2017 vom 25. April 2017 E. 3.3.1; 2C_288/2016 vom 13. Oktober 2016 E. 4.4; 2C_391/2015 vom 8. Dezember 2015 E. 2.5.

⁸⁵⁸ Urteile des EGMR *Botta gegen Italien* vom 24. Februar 1998 (153/1996/772/973), § 32; *Barbulescu gegen Rumänien* vom 5. September 2017 (61496/08), § 70; BGE 144 I 266 E. 3.1 S. 273 f.; vgl. Hänni, Menschenrechtsverletzungen, S. 7.

⁸⁵⁹ BGE 144 II 1 E. 6.1 S. 12; 144 I 266 E. 3.2 S. 272.

⁸⁶⁰ Vgl. BGE 116 Ib 353 E. 3c und d S. 357 f.

⁸⁶¹ BGE 130 II 281 E. 3.2.1 S. 286, bezugnehmend auf BGE 126 II 425 E. 4c/aa S. 432, BGE 126 II 377 E. 2c/aa S. 385 (noch zum ANAG).

⁸⁶² BGE 130 II 281 E. 3.2.1 S. 286.

wenn die Integration normal bzw. durchschnittlich, aber nicht aussergewöhnlich war⁸⁶³.

Der EGMR beurteilte seinerseits anfänglich die Wegweisung von ausländischen Personen, welche seit langer Zeit im Gastland ansässig waren, hauptsächlich unter dem Aspekt des Familienlebens oder unter einem kombinierten Schutzbereich von Privat- und Familienleben⁸⁶⁴. Ohne besondere Beziehungen zum Gaststaat führte auch ein langjähriger Aufenthalt nicht dazu, dass eine Ausweisung Art. 8 EMRK verletzen würde⁸⁶⁵. In neueren Urteilen änderte der EGMR seine Praxis: Obwohl im Fall *Slivenko gegen Lettland*⁸⁶⁶ (1999) die Ausweisung einer seit langer Zeit ansässigen Frau und ihrer Tochter das Familienleben nicht einschränkte, weil die ganze Familie gemeinsam ausgewiesen worden war, erachtete der EGMR den Schutzbereich von Art. 8 EMRK unter dem Aspekt sowohl des Familien- als auch des Privatlebens als berührt. Er begründete dies damit, dass die Betroffenen das Land zu verlassen hatten, in dem sie seit ihrer Geburt gelebt und persönliche, soziale und wirtschaftliche Kontakte geknüpft hatten⁸⁶⁷. Im Urteil *Üner gegen Niederlande* (2006) führte der EGMR aus: «[L]’article 8 protège également le droit de nouer et entretenir des liens avec ses semblables et avec le monde extérieur (*Pretty c. Royaume-Uni*, no 2346/02, § 61, CEDH 2002-III) et qu’il englobe parfois des aspects de l’identité sociale d’un individu (*Mikulic c. Croatie*, no 53176/99, § 53, CEDH 2002-I), il faut accepter que la totalité des liens sociaux entre les immigrants installés et la communauté dans laquelle ils vivent font partie intégrante de la notion de «vie privée» au sens de l’article 8. Indépendamment de l’existence ou non d’une «vie familiale», dès lors, la Cour considère que l’expulsion d’un immigré installé s’analyse en une atteinte à son droit au respect de sa vie privée»⁸⁶⁸.

⁸⁶³ BGer 2C_739/2016 vom 31. Januar 2017 E. 5; 2C_661/2016 vom 9. November 2016 E. 1.1; 2C_111/2015 vom 26. Juni 2015 E. 3.6; 2C_725/2014 vom 23. Januar 2015 E. 5; 2C_457/2014 vom 3. Juni 2014 E. 4.2; 2C_860/2013 vom 16. Oktober 2013 E. 4; 2C_75/2011 vom 6. April 2011 E. 3.3; 2C_426/2010 vom 16. Dezember 2010 E. 3.2.

⁸⁶⁴ Urteil *Dalia gegen Frankreich* vom 19. Februar 1998 (154/1996/773/974), § 45; BGE 144 I 266 E. 3.6 S. 274 ff.

⁸⁶⁵ Nichtzulassungsentscheid *Zakria gegen Schweiz* vom 26. März 2002 (51268/99).

⁸⁶⁶ EGMR Urteil *Slivenko gegen Lettland* vom 9. Oktober 2003 (48321/99).

⁸⁶⁷ EGMR Urteil *Slivenko gegen Lettland* vom 9. Oktober 2003 (48321/99), § 96 f.

⁸⁶⁸ EGMR Urteil *Üner gegen die Niederlande* vom 18. Oktober 2006 (46410/99), § 59.

Entsprechende Entwicklungen prägen die nationale Rechtsprechung und führen zu *Anpassungen der Anwendungsmassstäbe des nationalen Rechts*, wobei der Rezeptionsprozess – der auf entsprechende Fälle «warten» muss – oft Jahre dauert. Entsprechend präzisierte das Bundesgericht 2018 in Abkehr seiner im Jahr 2004 begründeten Rechtsprechung Voraussetzungen für einen Anspruch aus dem Recht auf Privatleben im Sinne von Art. 8 EMRK und Art. 13 BV. Das Bundesgericht erwog in Präzisierung seiner Praxis, nach einer rechtmässigen Aufenthaltsdauer von rund zehn Jahren könne regelmässig davon ausgegangen werden, dass die sozialen Beziehungen in diesem Land so eng geworden seien, dass es für eine Aufenthaltsbeendigung besonderer Gründe bedürfe. So wie es sich im Einzelfall anders verhalten und die Integration zu wünschen übrig lassen könne, sei es umgekehrt auch möglich, dass schon zu einem früheren Zeitpunkt der Anspruch auf Achtung des Privatlebens betroffen sei: Liege nach einer längeren bewilligten Aufenthaltsdauer, die zwar zehn Jahre noch nicht erreicht habe, eine besonders ausgeprägte Integration vor (nebst engen sozialen Beziehungen namentlich auch in sprachlicher, beruflicher und wirtschaftlicher Hinsicht), könne es den Anspruch auf Achtung des Privatlebens verletzen, wenn eine Bewilligung nicht erneuert werde⁸⁶⁹. Damit wurde die ausländerrechtliche Tragweite des Anspruchs auf Achtung des Privatlebens neu konturiert. Ab einer rechtmässigen Aufenthaltsdauer von etwa zehn Jahren, bei besonders guter Integration bereits früher, ist der Anspruch auf Achtung des Privatlebens bei einer Wegweisung tangiert und ein Eingriff nur unter der Voraussetzung eines Rechtfertigungsgrundes und der Verhältnismässigkeit zulässig⁸⁷⁰.

Seit der Normkonkretisierung des Anspruchs auf Privatleben durch das Bundesgericht im Jahr 2004⁸⁷¹ entwickelte sich die Praxis des EGMR, was das Bundesgericht veranlasste, den Anwendungsmassstab und die Grenzkriterien zum Schutz des Privatlebens unter Bezugnahme auf die schweizerische Gesetzgebung neu zu konturieren⁸⁷².

Die grosse Bedeutung des *Case Law* für die Anwendung von Art. 8 EMRK und (heute) Art. 13 BV stellt keine neue Entwicklung dar. Wie eingangs erwähnt räumt der Anspruch auf Achtung des Familienlebens grundsätzlich kein Wahlrecht ein, wo das Familienleben gelebt werden soll. Konstellationen, in denen sich ein Wahl-

⁸⁶⁹ BGE 144 I 266 E. 3.9 S. 277 ff.

⁸⁷⁰ BGE 144 I 266 E. 3.9 S. 277 ff.

⁸⁷¹ BGE 130 II 281 E. 3.2.1 S. 286.

⁸⁷² BGE 144 I 266.

recht bzw. ein Aufenthaltsanspruch ergibt, entwickelten sich schrittweise: Eine auf das Familienleben gestützte ausländerrechtliche Aufenthaltsbewilligung wurde erstmals 1984 gewährt⁸⁷³ und alsdann klargestellt, dass der Anspruch immer dann tangiert ist, wenn das Familienleben nicht ohne Weiteres andernorts gelebt werden kann⁸⁷⁴.

5.3 Harmonisierung der Grenzkriterien im Rahmen der Verhältnismässigkeit

a Vergleichende Heranziehung

In Grundrechtsbelangen fungiert das internationale *Case Law* als Richtschnur zur Strukturierung der Interessenabwägung. Zusammen mit den aus dem nationalen Recht entwickelten Anwendungsvoraussetzungen bildet es den Massstab für die Verhältnismässigkeitsprüfung. Die so verbundenen Grenzkriterien markieren das, wohinter mit Blick auf die Verwirklichung des Normsinns für den Einzelfall nicht zurückgegangen werden kann⁸⁷⁵.

Die Präjudizienrezeption im Rahmen der Verhältnismässigkeitsprüfung lässt sich anhand der jüngsten nationalen *leading cases* veranschaulichen. Von besonderer aktueller praktischer Bedeutung ist das *Case Law* für die *Gedanken-, Gewissens- und Religionsfreiheit* (Art. 9 EMRK) bzw. die Glaubens- und Gewissensfreiheit (Art. 15 BV). Im Bereich von Art. 15 BV bzw. Art. 9 EMRK wird der Grundrechtsschutz ebenfalls unter Heranziehung analogischer Argumente aus dem internationalen *Case Law* für die sich stellende Einzelfrage eruiert. So etwa in BGE 142 I 49 ff., wo das Bundesgericht die Zulässigkeit bzw. insbesondere die Frage der Verhältnismässigkeit eines Kopftuchverbots einer Schülerin unter dem Blickwinkel von Art. 15 und 36 BV zu beurteilen hatte (*St. Margrethen*).

⁸⁷³ BGE 110 Ib 201 ff. (*Reneja*). Das Bundesgericht anerkannte zuvor erstmals in einem ausländerrechtlichen Wegweisungsverfahren einen (potenziellen) bundesrechtlichen Anwesenheitsanspruch gestützt auf Art. 8 EMRK und war auf die damalige sog. Verwaltungsgerichtsbeschwerde in einer solchen Konstellation erstmals eingetreten; BGE 109 Ib 183 E. 2b S. 187. Im damals in Kraft stehenden Bundesgesetz vom 26. März 1931 über Aufenthalt und Niederlassung der Ausländer (ANAG; AS 49 279) war unter dem Aspekt des Familienlebens kein Aufenthaltsanspruch vorgesehen.

⁸⁷⁴ BGE 116 Ib 353 E. 3c und d S. 357 f.

⁸⁷⁵ Vgl. Vosskuhle, Rechtsprechen, N. 7.

Die Methodik der Heranziehung der bereits entschiedenen Fallkonstellationen zeigt deutliche Elemente eines *Case Law*⁸⁷⁶. Der Fallvergleich in BGE 142 I 49 ff. ist zunächst geprägt durch Heranziehung ähnlicher Fallkonstellationen im Bereich Religionsfreiheit und Bildung: Das Bundesgericht skizziert unter dem Gesichtspunkt der Verhältnismässigkeit Möglichkeiten und Grenzen der Einschränkung des Grundrechts im Schulalltag unter Bezugnahme auf bereits entschiedene Konstellationen, sowohl im nationalen⁸⁷⁷ als auch im internationalen Bereich⁸⁷⁸.

Entsprechend hat das Bundesgericht etwa die Störung des Schulfriedens oder den Schutz der Grundrechte Dritter als Rechtfertigungsgründe genannt. Die Grundrechtsausübung der Schülerin kann so der negativen Religionsfreiheit ihrer Mitschüler und von deren Eltern entgegenstehen, welche die Freiheit beinhaltet, einem nicht geteilten Glauben fernzubleiben (Art. 15 Abs. 4 BV)⁸⁷⁹. Insofern besteht ein öffentliches Interesse daran, dass vom Tragen religiöser Symbole einzelner Schüler kein Druck auf Mitschülerinnen und Mitschüler entsteht, solche ebenfalls zu tragen. Umgekehrt reicht der Grundrechtsschutz gegenüber Dritten jedoch nicht so weit, dass er einen Anspruch vermitteln könnte, mit keinen fremden Glaubensbekenntnissen konfrontiert zu werden⁸⁸⁰. Unter diesen einschränkenden Voraussetzungen anerkennt das Bundesgericht Grundrechte Dritter als zulässige Eingriffsmotive⁸⁸¹.

Die Rechtfertigungsgründe bewegen sich dabei innerhalb der vom EGMR akzeptierten Rechtfertigungsgründe. Darunter fällt der Schutz Grundrechte Dritter⁸⁸²

⁸⁷⁶ Vgl. hinsichtlich der entschiedenen Konstellationen im nationalen Recht oben, Kap. 3 VI 3 3.5; vgl. dazu auch Hänni, Glaubens- und Gewissensfreiheit, S. 5 ff., 18.

⁸⁷⁷ BGE 142 I 49 ff. E. 4.2–4.4 S. 56 ff.; vgl. bezogen auf den nationalen Kontext bereits oben, insb. Kap. 3 VI 3 3.5 b.

⁸⁷⁸ Insb. BGE 142 I 49 ff. E. 4.5 S. 58 ff.

⁸⁷⁹ BGE 142 I 49 E. 8.2.2 S. 67.

⁸⁸⁰ Art. 15 Abs. 4 BV; vgl. bereits BGE 49 I 138 E. 4e S. 154; vgl. unter dem Aspekt der Versammlungsfreiheit bereits BGE 12 93 E. 5 S. 108 f.

⁸⁸¹ Art. 36 Abs. 2 BV; BGE 142 I 49 E. 8.2.2 S. 67.

⁸⁸² Etwa zur Gefahr, dass durch das Tragen des Kopftuchs seitens einer Studentin Druck auf andere Studentinnen entstehen könne, ebenfalls ein religiöses Kopftuch zu tragen; vgl. EGMR, *Leyla Şahin*, Grosse Kammer, vom 10. November 2005 (44774/98), §§ 106, 111.

wie auch die Realisierung des Bildungsauftrags⁸⁸³. Zudem wird über die Rezeption des internationalen *Case Law* ersichtlich, dass die Rechtfertigungsgründe nicht nur auf die konkreten Umstände in tatsächlicher Hinsicht bezogen werden, sondern ebenso eng mit den Verfassungstraditionen der Mitgliedstaaten verknüpft sind. So hat der EGMR die Beschwerden von Einzelpersonen, die durch die Mitgliedstaaten am Tragen von religiösen Symbolen gehindert wurden – aufgrund spezifischer Rechtfertigungsgründe und unter Bezugnahme auf Verfassungstraditionen sowie angesichts der konkreten Umstände –, auch schon abgelehnt. Im Urteil *Şahin gegen die Türkei*⁸⁸⁴ schützte der EGMR ein allgemeines Kopftuchverbot für Studentinnen an türkischen Universitäten gestützt auf die Tradition des Laizismus (Kemalismus). In den Urteilen *Kervanci gegen Frankreich* und *Dogru gegen Frankreich* erachtete der Gerichtshof – ebenfalls unter Bezugnahme auf das Verfassungsprinzip des Laizismus in Frankreich sowie den Gesundheitsschutz – ein Kopftuchverbot für Schülerinnen während des Turnunterrichts sowie die Disziplinarmaßnahmen wegen Widerhandlung gegen dasselbe als unter dem Blickwinkel von Art. 9 EMRK gerechtfertigt⁸⁸⁵. Die von den Höchstgerichten zu entwickelnden Anwendungsmassstäbe variieren entsprechend je nach Verfassungstradition.

Methodologisch geht das Bundesgericht dabei so vor, dass aus dem gleichen Themenbereich, hier Glaubens- und Gewissensfreiheit und Schule, zunächst die nationalen und sodann die vom Gerichtshof zu Art. 9 EMRK hervorgegangenen Urteile zitiert werden⁸⁸⁶. Die Urteile werden herangezogen, um den Rahmen der

⁸⁸³ Vgl. etwa EGMR, *Osmanoğlu et Kocabaş c. Suisse*, vom 10. Januar 2017 (29086/12), § 105 (betreffend Schwimmunterricht).

⁸⁸⁴ EGMR, Grosse Kammer, vom 10. November 2005 (44774/98), § 157 ff. (vgl. im Folgenden und auch Urteile *Refah Partisi und andere gegen die Türkei* vom 13. Februar 2003, Nr. 41340/98, § 92; *Lautsi*, § 68 ff.).

⁸⁸⁵ Urteile vom 4. Dezember 2008 (31645/04), § 47 ff., 72 ff. bzw. (27058/05), § 33 ff., 72 (Laizismus), 74 (Gesundheitsschutz); vgl. auch *Köse und andere gegen die Türkei* vom 24. Januar 2006, (36594/97) (Nichtzulassung).

⁸⁸⁶ BGE 142 I 49 E. 4.4 und 4.5 S. 58 ff. mit Verweis auf das Urteil der Grossen Kammer *Lautsi gegen Italien* vom 18. März 2011 (30814/06) und den Entscheid *Dahlab gegen die Schweiz* vom 15. Februar 2001 (42393/98); ECHR 2001-V, in: VPB 2001 Nr. 40 S. 1410 (Nichtzulassung), sowie die Urteile *Eweida und andere gegen Grossbritannien* vom 15. Januar 2013 (48420/10, 59842/10, 51671/10 und 36516/10); *Refah Partisi und andere gegen die Türkei* vom 13. Februar 2003 (41340/98); *Şahin gegen die Türkei* (Grosse Kammer) vom 10. November 2005 (44774/98); *Kervanci gegen Frankreich* und *Dogru gegen Frankreich* Urteile vom 4. Dezember 2008 (31645/04), § 47 ff., 72 ff., bzw. (27058/05), § 33 ff., 72 (Laizismus), 74 (Gesundheitsschutz); vgl.

bisher zugelassenen Rechtfertigungsgründe des Verbundgerichts zu konturieren; die Verhältnismässigkeitsprüfung stützt sich mit auf das Präjudizienrecht des EGMR und damit auf die Mindeststandards der EMRK.

b Regelartige Heranziehung bei häufigen Fallkonstellationen

Je mehr Urteile für eine Fallkonstellation bereits ergangen sind, desto mehr Leitkriterien existieren für die neu zu beurteilende Rechtssache. Eine direkte Heranziehung der Fallentscheidungsregeln durch das nationale Höchstgericht erfolgt mit Bezug auf spezifische Konstellationen von Aufenthaltsrechten im Rahmen von Art. 8 EMRK bzw. Art. 13 BV.

Die direkt regelartige Heranziehung erfordert demnach eine Vielzahl bereits ergangener Fälle. Sie lässt sich insbesondere in Fragen ausländerrechtlicher Aufenthaltsbeendigung infolge Straffälligkeit aufzeigen. In einem die Schweiz betreffenden Urteil i.S. *Boultif*⁸⁸⁷ hat der Europäische Gerichtshof für Menschenrechte denn auch die «*guiding principles*» zur Beurteilung der Verhältnismässigkeit aufgestellt für den Fall, dass Ehegatten aufgrund einer Wegweisung gehindert werden, ihre Ehe zu leben⁸⁸⁸. Die Leitkriterien werden vom Bundesgericht regelmässig für die Interessenabwägung bei strafrechtlich in Erscheinung getretenen ausländischen Personen herangezogen. Spezifische Leitkriterien existieren auch bei weiteren Konstellationen, so etwa bei straffällig gewordenen jungen ausländischen Erwachsenen (sog. *Emre-Kriterien*)⁸⁸⁹.

auch *Köse und andere gegen die Türkei* vom 24. Januar 2006 (36594/97) (Nichtzulassung).

⁸⁸⁷ EGMR, *Boultif gegen die Schweiz* vom 2. August 2001 (54273/00).

⁸⁸⁸ Vgl. Zünd, Beendigung, S. 236.

⁸⁸⁹ EGMR-Urteil *Emre gegen die Schweiz* («Emre 1»), 22. Mai 2008, Nr. 42034/04, Ziff. 65 ff. Bei jungen Erwachsenen, die seit längerer Zeit im Gaststaat leben, sind bei der Interessenabwägung nach Art. 8 Ziff. 2 EMRK folgende Kriterien spezifisch zu berücksichtigen: die Art und Schwere der begangenen Straftaten, die Begehung der Straftat in der Jugend oder im Erwachsenenalter (Jugenddelinquenz), die Frage, ob es sich um Gewaltdelikte handelt, die Dauer des Aufenthalts im Gaststaat, die seit der Tat vergangene Zeit und das seitherige Verhalten, die sozialen, kulturellen und familiären Bindungen zum Aufenthalts- und zum Herkunftsstaat (Geburt/Einreise als Kind oder Jugendlicher oder erst als junger Erwachsener), der Gesundheitszustand sowie die mit der aufenthaltsbeendenden Massnahme verbundene Dauer der Fernhaltung, vgl. hierzu z.B. BGE 139 I 16 ff., 135 II 377 E. 4.3.

Der EGMR führt mit Bezug auf *Boultif* aus: «In assessing the relevant criteria in such a case, the Court will consider the nature and seriousness of the offence committed by the applicant; the duration of the applicant's stay in the country from which he is going to be expelled; the time which has elapsed since the commission of the offence and the applicant's conduct during that period; the nationalities of the various persons concerned; the applicant's family situation, such as the length of the marriage; other factors revealing whether the couple lead a real and genuine family life; whether the spouse knew about the offence at the time when he or she entered into a family relationship; and whether there are children in the marriage and, if so, their age. Not least, the Court will also consider the seriousness of the difficulties which the spouse would be likely to encounter in the applicant's country of origin, although the mere fact that a person might face certain difficulties in accompanying her or his spouse cannot in itself preclude expulsion»⁸⁹⁰.

In direkter Anlehnung an die Leitkriterien prüft das Bundesgericht gestützt auf das nationale Recht⁸⁹¹ Art und Schwere der begangenen Straftat (auch Einmaligkeit oder wiederholte Delinquenz), die Dauer des Aufenthalts im Gaststaat, die seit der Tat verstrichene Zeitspanne, das bisherige Verhalten, die Tiefe der sozialen, kulturellen und familiären Beziehungen zum Aufenthalts- bzw. Herkunftsstaat, die Ehedauer bzw. andere Faktoren, die auf die Effektivität und Qualität der familiären Beziehungen schliessen lassen, den Umstand, ob und wie weit der (Ehe-)Partner vor der Ehe bzw. dem Beginn der familiären Beziehung von der Straftat wusste, die zur Aufenthaltsbeendigung führt, das Mass an (soziokulturellen) Schwierigkeiten, mit denen sich der (Ehe-)Partner konfrontiert sähe, müsste er dem aus- oder weggewiesenen Partner in dessen Herkunftsstaat folgen, ob aus der Verbindung Kinder hervorgegangen sind und ob sich diese in einem noch anpassungsfähigen Alter befinden sowie das Wohl der Kinder bzw. das Ausmass der Probleme, mit denen sie sich im Herkunftsstaat konfrontiert sähen⁸⁹². Der Gesund-

⁸⁹⁰ EGMR, *Boultif gegen die Schweiz* vom 2. August 2001, Nr. 54273/00, Rz. 48; vgl. Zünd, Beendigung, S. 236.

⁸⁹¹ Etwa gestützt auf Art. 63 Abs. 1 lit. a i.V.m. Art. 62 lit. b und Art. 51 Abs. 1 lit. b (damals) AuG; vgl. BGE 139 I 145 E. 2.4 S. 149.

⁸⁹² Vgl. BGE 139 I 145 E. 2.4 S. 149; 139 I 31 E. 2.3.3 S. 34 ff.; 135 II 110 E. 2.1 S. 112; 134 II 1 E. 2.2 S. 3. Vgl. auch die Kodifizierung der Praxis in Art. 96 Abs. 1 AIG: «Die zuständigen Behörden berücksichtigen bei der Ermessensausübung die öffentlichen Interessen und die persönlichen Verhältnisse sowie die Integration der Ausländerinnen und Ausländer».

heitszustand wird ebenfalls herangezogen, es bestehen jedoch relativ hohe Anforderungen⁸⁹³.

Die Kriterien der Verhältnismässigkeitsprüfung werden also auf der Grundlage des *nationalen Rechts* harmonisiert mit den zulässigen Rechtfertigungskriterien des EGMR formuliert⁸⁹⁴.

Entsprechende Sachverhaltskonstellationen – hier die Aufenthaltsbeendigung infolge Straffälligkeit – werden direkt unter diese Leitkriterien (Präjudizielle Erwägungen) subsumiert.

c Case Law-Kodifikation der *opinio iuris communis*

Interessant und auf den ersten Blick erstaunlich erscheint dabei, dass sich Anpassungen im Bereich der Anwendungsmassstäbe und Grenzkriterien nicht einfach über die Gutheissung und Korrektur von dem EGMR vorgetragenen Einzelfällen, sondern in einer gegenseitigen Rezeption der Gerichte entwickeln.

Das zeigt sich namentlich am oben eingeführten Beispiel zur Aufenthaltsbeendigung infolge Straffälligkeit: Die Entwicklung der *Boultif*-Kriterien erfolgte *induktiv*⁸⁹⁵. Die durch den EGMR entwickelten Prinzipien decken sich weitgehend mit den vom Bundesgericht schon zuvor praktizierten⁸⁹⁶. Unter dem Blickwinkel von Art. 8 EMRK sind gerade die politisch kontrovers diskutierten Gesichtspunkte zur Verhältnismässigkeit der Wegweisung bei straffälligen ausländischen Personen eine Kodifizierung dessen, was der EGMR als geltende Staatenpraxis erfasst hat. Das Ausländerrecht war bereits seit den 80er-Jahren ein Fallrecht, das im Rahmen von Konvention und Verfassung (Anspruch auf Achtung des Privat- und Familienlebens, später Art. 13 BV) und weiterer Kriterien, etwa der Ausweisungs-

⁸⁹³ BGer 2C_743/2014 vom 13. Februar 2015 E. 3.4; vgl. zu neueren Entwicklungen EGMR, *Paposhvili gegen Belgien* vom 13. Dezember 2016, Nr. 41738/10, Rz. 183, und diese aufnehmend BGer 2C_572/2020 vom 22. Oktober 2020 E. 4.5.

⁸⁹⁴ Dies ist Ausdruck davon, dass den Mitgliedstaaten auch bei der Interessenabwägung im Rahmen von Art. 8 Ziff. 2 EMRK ein Beurteilungsspielraum zusteht; vgl. Urteile des EGMR *Ukaj gegen die Schweiz* vom 24. Juni 2014 (Nr. 32493/08), § 36; *Gezginci gegen die Schweiz* vom 9. Dezember 2010 (Nr. 16327/05), § 63.

⁸⁹⁵ Vgl. Zünd, Beendigung, S. 235 f.

⁸⁹⁶ BGE 120 Ib 15; 116 Ib 358; Zünd, Beendigung, S. 236 betr. Reneja-Konstellation. Nicht deckungsgleich ist dabei die sog. Zwei-Jahre-Regel, welche naturgemäss für ein internationales Gericht nicht allgemeiner Massstab sein kann (zumal sich die verhängten Strafen von Land zu Land unterscheiden); vgl. Zünd, Beendigung, S. 236.

voraussetzungen von Art. 11 Abs. 3 ANAG (nach den gesamten Umständen angemessen)⁸⁹⁷, entwickelt wurde⁸⁹⁸. Erst danach wurden vom EGMR die heute massgebenden Kriterien zusammengetragen⁸⁹⁹. Ein Fundus an Fällen konkretisiert die unbestimmten Rechtsbegriffe und insbesondere den konkreten Normgehalt im Rahmen der Schrankendogmatik⁹⁰⁰.

6. Struktur der Präjudizienheranziehung

6.1 *Case Law*-Strukturierung der Anwendungsmassstäbe

Die Anwendungsmassstäbe und Grenzkriterien für die im konkreten Kontext anrufbaren Grundrechte werden vom nationalen Höchstgericht selbst entwickelt. Sie erweisen sich gerade im Grundrechtsbereich als *Verbindung* aus nationalen und internationalen Anforderungen.

Das Höchstgericht entwickelt also unter Einbeziehung der Methodik des *Case Law* Anwendungsmassstäbe oder Grenzkriterien für das nationale Verfassungs- und Gesetzesrecht. Durch die Heranziehung der Anwendungsmassstäbe oder der Grenzkriterien wird die Methodik des *Case Law* auch in das schweizerische Rechtssystem eingebracht. Es gibt aus dem internationalen Recht dabei keine «Vorgaben», in welchem Rahmen es exklusiv geprüft werden soll, vielmehr liegt es an den nationalen Gerichten, die Schutzwirkung des Grundrechts im Rahmen der Anwendung des nationalen Rechts zu gewährleisten.

Es zeigt sich dabei, dass im Rahmen der Rezeption des internationalen Rechtsprechungsrechts die klassische Unterscheidung zwischen Schutzbereich, Eingriff und Rechtfertigung nicht als essentielle Strukturelemente herangezogen werden,

⁸⁹⁷ Gemäss Art. 16 Abs. 3 ANAV galten für die Angemessenheit der Ausweisung namentlich die Schwere des Verschuldens, die Dauer der Anwesenheit sowie die dem Ausländer und seiner Familie drohenden Nachteile als wichtig.

⁸⁹⁸ Vgl. zum ANAG etwa BGE 119 Ib 1; 105 Ib 165; 98 Ib 1.

⁸⁹⁹ Der EGMR lancierte 2015 das Superior Courts Network, das dem Austausch des *Case Law* zwischen dem EGMR und den nationalen Höchstgerichten dient. Das Bundesgericht hat sich dem Netzwerk bisher nicht angeschlossen.

⁹⁰⁰ Art. 36 BV; vgl. BGE 124 I 176 E. 5 S. 177 ff.; 144 I 266 E. 3.4 f. S. 273 f.; SGK-BV, Breitenmoser, N. 8 ad Art. 13.

entsprechend dominieren sie auch nicht die Urteilsbegründungen⁹⁰¹. Die Unterscheidung soll deswegen nicht aufgehoben werden; vielmehr ist spezifisch darauf hinzuweisen, dass das *Case Law* sowohl Elemente der Tragweite und des Schutzbereichs als auch der Rechtfertigungsgründe erfasst. Es ist sowohl für die allgemeinen Voraussetzungen für die Normanwendung als auch zur Entwicklung der Kriterien hinsichtlich ihrer Einschränkung bedeutsam, auch wenn die Elemente in der Praxis oft nicht (explizit) unterschieden werden.

Die Gesichtspunkte des internationalen *Case Law* zur Anwendung oder zulässigen Einschränkung der Norm, die eigene Praxis und Dogmatik der Grundrechtsprüfung sowie die nationalen Gesetzesregeln *definieren zusammen* die Anwendungsmassstäbe der Norm.

Die Schutzwirkung eines Grundrechts ist so nicht einfach von Beginn weg fixiert, sondern wird massgebend durch das *Case Law* geprägt. Wie weit das Grundrecht greift, ist *de facto Case Law*.

6.2 Grundrechtskonkretisierung unter Einbeziehung des internationalen *Case Law*

Aus dem *Case Law* werden demnach verallgemeinerte Regelungen entnommen, und zwar sowohl zu Voraussetzungen der Anwendung wie auch zur Verhältnismässigkeit von Einschränkungen des Konventionsrechts. Dabei konturiert sich der Normschutzgehalt im Wechselspiel zwischen nationalen Höchstgerichten und dem EGMR: Vom EGMR wird die Staatenpraxis rezipiert, die ihrerseits sein *Case Law* in die Norminterpretation aufnimmt.

Der Fokus der Analyse liegt hier auf der Regelentwicklung, die gleichzeitig auf der Stufe des EGMR wie auch auf nationaler Stufe erfolgt. Von den nationalen Gerichten werden die Anwendungs- oder Grenzkriterien des internationalen *Case Law* herangezogen, die insbesondere im Grundrechtsbereich das markieren, wohinter hinsichtlich der Schutzwirkung der Verfassung und der Konvention nicht zurückgegangen werden darf.

Über das *Case Law* finden demnach stabilisierende Regeln zur Normanwendung Eingang in den Erkenntnisprozess. Materiell dienen sie der Gewährleistung des Mindeststandards des europäischen Grundrechtsverständnisses. Das *Case Law*

⁹⁰¹ Vgl. explizit BGE 144 I 266, Regeste: «Die Trennung zwischen Schutzbereich und Eingriff erscheint künstlich, da für beide Fragen die gleichen Kriterien [...] herangezogen werden» (S. 266).

vereinigt in sich so die beiden Aspekte Grundrechtskonkretisierung und Grundrechtsverwirklichung.

6.3 Ergebnis: Grundrechtsverwirklichung durch *Case Law*

a *Case Law* – Masssstabbildende Bedeutung

Das von den Gerichten im Grundrechtsbereich entwickelte Judikative Recht umfasst demnach geprüfte Anwendungsmassstäbe oder Grenzkriterien der Rechtsprechung zum Konventionsrecht. Durch die Heranziehung dieser Kriterien vollzieht sich ein *Vergleich* mit bereits entschiedenen Fallkonstellationen, und zwar in der Form, dass neu zu beurteilende Fallkonstellationen (auch) an Kriterien des internationalen Rechtsprechungsrechts gemessen werden.

Die Anwendungsmassstäbe oder Grenzkriterien werden dabei – soweit hinreichend ähnliche Konstellationen bereits häufig entschieden wurden – direkt als regelartige Gesichtspunkte *für die Subsumtion herangezogen*. Das nationale Recht ist diesfalls mit dem internationalen Rechtsprechungsrecht harmonisiert (vgl. dazu etwa die oben dargestellte *Boultif*- und *Emre*-Rechtsprechung). Andernfalls, wenn die zu beurteilende Fallkonstellation neu oder nicht hinreichend ähnlich ist, werden solche abstrakten regelartigen Gesichtspunkte unter Bezugnahme auf im weiteren Sinne vergleichbare Urteile aus dem internationalen Rechtsprechungsrecht *entwickelt*.

Die Kriterien des internationalen *Case Law* sind dabei nicht abschliessend. Sie sind Eckpfeiler für die Tragweite des Grundrechts. Weitere Rechtfertigungsgründe nach nationalem Recht können entwickelt werden, wenn sie dabei die Bedeutung des Grundrechts gemäss dem internationalen Standard des Fallrechts nicht einschränken⁹⁰². Zusammen ergeben sie die anwendbaren Fallentscheidungsregeln für die neu zu beurteilende Fallkonstellation, wie etwa am Beispiel des Rechts auf Privatleben veranschaulicht wurde⁹⁰³.

⁹⁰² Dazu oben, Kap. VI 5.5.2. und VI 5.5.3a.

⁹⁰³ BGE 144 I 266 E. 3.9 S. 277 ff. So kann die Niederlassungsbewilligung als gefestigtes Anwesenheitsrecht in der Regel nach einem zehnjährigen Aufenthalt erteilt werden, bei wichtigen Gründen auch früher (Art. 34 Abs. 2 und 3 AuG bzw. Art. 34 Abs. 2 und 3 AIG). Bei erfolgreicher Integration kann die Niederlassungsbewilligung bereits nach ununterbrochenem Aufenthalt von fünf Jahren erteilt werden (Art. 34 Abs. 4 AuG bzw. Art. 34 Abs. 4 AIG). Vgl. auch Art. 62 VZAE; als Anhaltspunkte gelten

Solche Verfestigungen zur Anwendbarkeit und zu den Einschränkungsmöglichkeiten des betreffenden Grundrechts über das *Case Law* sind mit traditionellen Auslegungsmethoden zu wenig erfasst⁹⁰⁴. Wie aufgezeigt, können die Auslegungsregeln Gesichtspunkte für eine erste Auslegung einer Norm unter einer spezifischen Fallkonstellation sein. Liegen jedoch bereits – auch nur einzelne – entschiedene Anwendungsmassstäbe und Grenzkriterien zur Norm vor, erfahren diese für die Entscheidungsfindung *unvergleichlich höheres Gewicht*.

b Case Law als Grundlage der Interessenabwägung

Es zeigt sich vor diesem Hintergrund auch, dass die Verhältnismässigkeitsprüfung methodisch weit *mehr* umfasst als eine Interessenabwägung.

Von der Methodik des *Case Law* geprägt sind Voraussetzungen zur Anwendung der Norm sowie der Verhältnismässigkeit, die gerade im Grundrechtsbereich letztlich Grenzkriterien für die Normschutzwirkung sind. Grenzkriterien definieren eine Liste von – grundsätzlich nicht abschliessenden – Gesichtspunkten, anhand derer sich die minimale Schutzwirkung der Norm für die Verhältnismässigkeit evaluieren und sich der Einzelfall – bei hinreichender Ähnlichkeit der Fallkonstellation – subsumieren lässt.

Namentlich die Verhältnismässigkeitsprüfung umfasst so *wesentliche Elemente der Methodik des Case Law*. Die Kriterien zur Interessenabwägung werden in Anwendungsfällen spezifisch definiert und mit der Fallvarianz ausdifferenziert. Typisch für das *Case Law* ist denn auch, dass es sich nicht primär an dem Prüfschema «Schutzbereich – Eingriff – Rechtfertigung» orientiert, sondern vielmehr Voraussetzungen zur Anwendung des Grundrechts und Einschränkungsmöglichkeiten statuiert, die von den nationalen Gerichten in die Struktur ihrer Norminterpretation *einbezogen* werden.

namentlich die gute Kenntnis der Landessprache, Respektierung der rechtsstaatlichen Ordnung und Bekundung des Willens zur Teilnahme am Wirtschaftsleben und Erwerb von Bildung.

⁹⁰⁴ Die Auslegungsmethoden sind dem *Case Law* (nur) insofern vorgelagert, als sich der EGMR für die Entwicklung des *Case Law* auf etwa den Wortlaut oder Geist der Konvention beruft. Vgl. EGMR, *Tyrer gegen Vereinigtes Königreich*, Urteil vom 25. April 1978, Nr. 5856/72, Ziff. 31 = EGMR-E 1, 238 (273); EGMR (GK), *Öcalan gegen Türkei*, Urteil vom 12. Mai 2005, Nr. 46221/99, Ziff. 163 = EuGRZ 2005, 463 (465); EGMR (GK), *Selmouni gegen Frankreich*, Urteil vom 28. Juli 1999, Nr. 25803/94, Ziff. 101 = HRLJ 1999, 228 (239). Vgl. auch Hänni, Menschenrechtsverletzungen, S. 5 ff.

Der Fallvergleich bildet die Grundlage der durch das *Case Law* vorstrukturierten Verhältnismässigkeitsprüfung. Insofern leistet (neben dem nationalen Rechtsprechungsrecht) auch das internationale *Case Law* einen wesentlichen (zusätzlichen) Beitrag für die Vorhersehbarkeit der Interessenabwägung. Sie ist eine objektivierte Einbeziehung von gerichtlich entwickelten regelartigen Kriterien zur Normwirkung, die bei hinreichender Ähnlichkeit der Fallkonstellation zur Prüfung der Verhältnismässigkeit direkt (rechtssatzartig) für die Subsumtion herangezogen werden.

Eine vorstrukturierte Verhältnismässigkeitsprüfung ist dabei sowohl im Rahmen der indirekten wie auch der direkten Analogie generell-abstrakt: Die nationalen Gerichte haben die Anwendungskriterien für das Konventionsrecht gestützt auf das nationale Recht und im Hinblick auf eine Vielzahl von Fällen zu entwickeln.

Die durch das internationale *Case Law* mitdefinierten Gesichtspunkte der Verhältnismässigkeitsprüfung dienen insofern auch dazu, die Tragweite des Normschutzes konstant zu halten, ohne sie für den Einzelfall abschliessend zu bestimmen. Sie leiten die Erkenntnis bei gleichzeitiger Berücksichtigung der Subsidiarität.

c Hierarchische und dialogische Zusammenarbeit

Zwar stellt die Gutheissung einer Beschwerde durch den EGMR einen Revisionsgrund dar⁹⁰⁵; mit der Kassation des Einzelfalls wird die hierarchische Struktur sichtbar. Demgegenüber ist unter dem Gesichtspunkt der Rechtsfindung – wie die Analyse des Fallrechts zeigt – ein ausschliesslich hierarchisches Verständnis wenig sinnvoll und vielmehr der Verbundcharakter eine passende Umschreibung. Das internationale Recht zeigt sich für die Rechtsanwendung nicht einfach als hierarchische Vorgabe, sondern es ergeben sich durch die *Interpretation* des internationalen Rechts Eckpfeiler für Normkonkretisierungen für den nationalen Bereich. Mit dem Begriff soll nicht verneint werden, dass eine festgestellte Konventionsverletzung durch den EGMR eine Praxis massgeblich zu beeinflussen vermag, sondern auf die Perspektive der Anwendung hingewiesen werden. Die Anwendungsmassstäbe und Grenzkriterien beruhen auf einer selbstständigen Interpretation.

Ausdruck dieser selbstständigen Interpretation bildet denn auch die *margin of appreciation*, die der EGMR den nationalen Gerichten belässt. Gegenstand der Rechtsanwendung ist gerade durch den Einfluss des internationalen Rechts auch

⁹⁰⁵ Art. 122 BGG.

ein Austausch zwischen den Gerichten⁹⁰⁶. Die Mechanismen der Verbundgerichte funktionieren im Zusammenwirken⁹⁰⁷.

d Praktische Konkordanz

Vor diesem Hintergrund wird auch ersichtlich, dass durch Auslegung nicht lösbare Normkonflikte sehr selten vorliegen⁹⁰⁸. In aller Regel fließen die Staatsverträge über das *Case Law* in die Praxis ein; sie werden insofern mit dem nationalen Recht *harmonisiert*. Typisch ist dies sowohl für die EMRK als auch für die bilateralen Beziehungen⁹⁰⁹. Meist werden Urteile zu Normkonflikten – je nach Rechtsgebiet – in den Medien und der Öffentlichkeit stark diskutiert. Sie repräsentieren jedoch anzahlmässig in keiner Weise den Normalfall.

Im seltenen Fall, dass sich harmonisierte Normen mit anderen Normen im Verfassungsrang widersprechen, hat sich das Gericht auch schon der Methodik der *Praktischen Konkordanz* bedient, die mit dem Einbezug des *Case Law* in die Auslegung der Norm verwandt ist. Die Harmonisierung erfolgt in solchen Fällen nicht nur über die Einordnung der neu zu beurteilenden Fallkonstellation bzw. die in der Rechtsprechung entwickelten Grenzkriterien, sondern auch über eine Mehrzahl von Verfassungsbestimmungen. In solchen Fällen ist in aller Regel nicht bloss eine Verfassungsbestimmung einschlägig, sondern es müssen – gerade wenn auf direktdemokratischem Weg weitere relativ spezifische Bestimmungen in die Verfassung Eingang gefunden haben – konfligierende Verfassungsnormen mitberücksichtigt werden⁹¹⁰. Nach der Formel müssen «verfassungsrechtlich geschützte Rechtsgüter [...] in der Problemlösung einander so zugeordnet werden, dass jedes von ihnen Wirklichkeit gewinnt. [...] [B]eiden Gütern müssen Grenzen gesetzt werden, damit beide zu optimaler Wirksamkeit gelangen können»⁹¹¹.

⁹⁰⁶ Im Bereich der bilateralen Vertragsverhältnisse bestehen oftmals über spezifische Vertragsregeln Möglichkeiten und Grenzen der Anwendungsformen, und ebenso über Normkonkretisierungsgrundsätze wie den *effet utile*; vgl. Jaag/Hänni, Europarecht, N. 4018 ff.

⁹⁰⁷ Albers, Rechtsfindung, S. 289 f.

⁹⁰⁸ Vgl. bereits Bericht des Bundesrates zum Verhältnis von Völkerrecht und Landesrecht vom 5. März 2010, BB1 2010 2263, S. 2307.

⁹⁰⁹ Vgl. Jaag/Hänni, Europarecht, N. 595, 4018c, 4206 ff. Vgl. für gleichwohl vorliegende Normkonflikte Hänni, Straferwartung der Gesellschaft, S. 15 ff.

⁹¹⁰ Vgl. insb. BGE 139 I 16 ff.

⁹¹¹ Hesse, Grundzüge, N. 72.

Das Erfordernis der Harmonisierung von Normen ergibt sich insofern nicht nur im Zusammenhang mit dem Völkerrecht, sondern teilweise nach der Rechtsprechung auch aus der *Historizität der Verfassung*. Die Verfassung wird von unterschiedlichen Konsensplatten getragen, die ihre je eigene Verfassungstradition besitzen, welche bei der Auslegung miteingebunden werden muss⁹¹².

Dem Gericht kommt die Aufgabe zu, die Einheit der Verfassung im jeweiligen Fall zu erfassen und deren Bedeutung in der Entscheidung darzustellen⁹¹³. In (vergleichsweise) seltenen Fällen stösst die Harmonisierung an Grenzen, und zwar dann, wenn verschiedene anwendbare Normen nicht mehr in Einklang zu bringen sind⁹¹⁴.

7. Fazit

Grundrechte sind nicht einfach deduktionsfähige Rechtssätze. Ihre normativen Konturen müssen durch die Gerichte als Anwendungsmassstäbe und Grenzkriterien zur Norm erarbeitet werden. Die Konkretisierung von Grundrechten erfährt im Rahmen der Rechtsfindung denn auch eine spezifische eigenständige Bedeutung. Diese zeigt sich sowohl im Rahmen der *verfassungsunmittelbaren Anwendung* von Grundrechten auf den Einzelfall als auch über ihre Berücksichtigung bei der *Konkretisierung von Gesetzesbestimmungen*.

Sowohl bei bi- als auch bei multipolaren Grundrechtskonstellationen besteht das Erfordernis des Ausgleichs der einander gegenüberstehenden Interessen. Die diesbezügliche Verhältnismässigkeitsprüfung wird in diesem Sinne oft als «Abwägung» umschrieben, sie geht jedoch deutlich darüber hinaus. Sie enthält massgeblich hier dargestellte Elemente der Methodik des *Case Law*, indem sie durch dieses strukturiert wird, ohne dass diese Strukturierung dem Gericht die Beurteilungsbefugnis für den Einzelfall entziehen würde.

Die Rechtserkenntnis erfolgt also gerade im Bereich der Grundrechte, wo fast immer bereits Fälle zur Norm ergangen sind, unter Einbezug von Präjudizien bzw. Präjudiziellen Erwägungen. Die durch das *Case Law* entwickelten abstrakten regelartigen Massstäbe werden hierzu – je nach Nähe zu bereits beurteilten Fallkonstellationen – entweder bloss *vergleichend* oder aber *direkt als Regeln*

⁹¹² Lembecke, Praxis, S. 100.

⁹¹³ Lembecke, Praxis, S. 103.

⁹¹⁴ Vgl. hierzu Kap. 3 III 3.

herangezogen. Eine Diskussion der Gleichheit und Unterschiedlichkeit der Fallkonstellationen ist insofern Teil fast jedes Rechtsfindungsprozesses im Grundrechtsbereich. Die gerichtliche Erkenntnis *strebt* dabei (auch im Grundrechtsbereich) *immer die direkte Analogie an*; die indirekte Analogie ist (bloss) der Ausgangspunkt, um präzise Anwendungsregeln für die neu zu beurteilende Fallkonstellation zu entwickeln, die dann rechtssatzartig angewendet werden können.

Die Methoden des *Case Law*, die auf analogen und reduktiven Erkenntnisschritten beruhen, sind mit dem Herausschälen der *ratio decidendi* oder dem «*distinguishing*» verwandt⁹¹⁵. Die Praxis der Grundrechtsverwirklichung *nähert sich der Methodik des Case Law an*⁹¹⁶, ohne dass sie mit jener des *Common Law* gleichzusetzen wäre. Vielmehr entwickelt sie sich eigenständig: Im Zentrum steht die Norminterpretation, die einen anhand einer Vielzahl von Fällen entwickelten abstrakt-regelartigen Fallvergleich mitenthält. Das internationale *Case Law* wird in die Entwicklung von abstrakten Anwendungsmassstäben und Grenzkriterien, und somit in den abstrahiert-regelartigen Fallvergleich einbezogen.

Das *normative Selbstverständnis*⁹¹⁷ vollzieht sich für das Bundesgericht daher auch im Rechtsprechungsverbund: Das Höchstgericht ist ein massgeblicher Interpret der internationalen Rechtsprechung im Grundrechtsbereich, und dabei ist die Rechtsprechung der Verbundgerichte gleichermassen ein Aspekt der Interpretation des nationalen Rechts.

⁹¹⁵ Vgl. für die Fruchtbarmachung auch J. P. Müller, Freiheit, S. 62 f.

⁹¹⁶ Vgl. mit Blick auf Art. 35 BV J. P. Müller, Freiheit, S. 63; vgl. auch Chiariello, Richter, S. 339 ff.

⁹¹⁷ Vgl. Albers, Rechtsfindung, S. 291.

Kapitel 4: Zusammenschau: Raum der Rechtsanwendung

I. Normative Konturen des Raums der Rechtsanwendung

1. Entwicklung von verfeinernden Erkenntnisschritten

Im Folgenden sollen nun die insbesondere in Kapitel 3 dargestellten Erkenntnisse zu den gerichtlichen Kognitionsprozessen in eine Gesamtschau der Rechtsanwendung eingebettet werden. Dies impliziert zunächst eine Zusammentragung der normativen Strukturelemente und typischen Formen der Entscheidungsfindung. Die Erkenntnisse werden anschliessend zu den demokratisch-institutionellen Voraussetzungen im Rahmen der Rechtsanwendung in Bezug gesetzt (II.) sowie vor dem Hintergrund der Gewaltenteilung gewürdigt (III.).

Rechtsanwendung beinhaltet meist einen – wenn auch dogmatisch beschränkten – Bewertungsspielraum für die Auslegung und Interpretation. Selbst wenn nur einzelne Gesetzesbestimmungen auszulegen sind, sehen sich Rechtsanwender regelmässig mit mehreren Deutungsmöglichkeiten konfrontiert. Gelangen mehrere Normen zur Anwendung, wie dies im Bereich des Öffentlichen Rechts regelmässig der Fall ist, so ist zunächst zu eruieren, welches Gewicht welcher Norm zukommt⁹¹⁸. Rasch zeigt sich auch, dass die anwendbaren Normen in aller Regel nicht einfach ableitbare Rechtsfolgen beinhalten. Durch die Gerichte müssen vielmehr Anwendungsprämissen gesetzt werden, die die Ableitbarkeit von Rechtsfolgen erst ermöglichen. Die Rechtsanwendung reduziert sich in anderen Worten nicht auf die Auslegung nach den *canones* und die Subsumtion, sondern erfordert zahlreiche *weitere Erkenntnisschritte* zur Vorbereitung der Subsumtion.

Die Formen der Normkonkretisierung gehen dabei weiter (bzw. tiefer) als die traditionellen Auslegungs*canones*. Auslegung ist – und das stellt die Arbeit dar – ein normativ weiter zu fassender Begriff: Das normativ Geforderte wird in Anwendung von der Auslegung *verfeinernden oder ergänzenden Erkenntnisschritten* gesucht, die verschiedenen Grundoperationen der Logik zugeordnet werden können und sich als regelhafte Anwendungsprämissen darstellen lassen. Sie sind vom

⁹¹⁸ Vgl. oben, Kap. 3 III 3.

Normsinn und von verfassungsrechtlichen Gesichtspunkten geprägt und lassen sich unterteilen in sog. wahrheitserhaltende und wahrheitserweiternde Schritte. Sie werden im Folgenden kurz erläutert und zusammengefasst.

Aus der verfassungsrechtlichen Perspektive wird zudem ersichtlich, dass die Gerichte regelmässig – anlässlich der ihnen zugetragenen Einzelfallkonstellationen – einen *Raum* zu bestimmen haben, in dem die Rechtsbindung gewährleistet ist. Raum ist «freier Platz» für Handlungsoptionen, innerhalb dessen die Wirkung der Norm gewährleistet sein muss. Entsprechend ist typisch für die Rechtsprechung, regelartige *Anwendungsmassstäbe* für die Norm bzw. *Grenzkriterien* zur Tragweite und zur Verhältnismässigkeitsprüfung aufzustellen. Oftmals sind dies Mindestanforderungen (Mindestkriterien), anhand derer geprüft werden kann, ob die Wirkung der Norm (noch) gewährleistet ist.

Wie stellen sich die verfeinernden Erkenntnisschritte dar? Ihre Struktur lässt sich zunächst auf normative Grundlagen zurückführen (nachfolgend 2.). Sodann lässt sich die Struktur der verfeinernden Erkenntnisschritte als Axiomatisierung der Norm kurz darstellen (nachfolgend 3.). Daraufhin werden die Folgerungen für die Methodik zusammengefasst (nachfolgend 4.) und die spezifischen, wenn auch beschränkten Wertungserfordernisse festgehalten (nachfolgend 5.).

2. Normative Strukturelemente der Entscheidungsfindung

Die normativen Strukturelemente der Entscheidungsfindung setzen sich aus *fünf wesentlichen Grundpfeilern* zusammen, zunächst aus der richterlichen Unabhängigkeit (Art. 30 BV), dem Rechtsgleichheitsgebot und dem Willkürverbot (Art. 8 und 9 BV), aus den Vorgaben von Art. 1 ZGB sowie aus der Rückbindung an das Recht (Art. 5 BV)⁹¹⁹. Dabei haben die verfassungsrechtlichen Gebote das massgebende Gewicht. Art. 6 BV kann am Rande für das Richterbild herangezogen werden.

2.1 Unabhängigkeit (Art. 30 BV)

Art. 30 BV verbrieft den Anspruch auf ein unabhängiges Gericht. Die Unabhängigkeit bezieht sich zunächst auf die Unabhängigkeit von den anderen Staatsgewalten (öffentlich-rechtliche Unabhängigkeit) und das Verbot, dass eine Richterin

⁹¹⁹ Bzw. den Spezialerlassen, die zur Anwendung kommen. Biaggini, BV-Kommentar, N. 7 ff. ad Art. 5; SGK-BV, Schindler, N. 19 ff. ad Art. 5.

oder ein Richter aus einem sachbezogenen privatrechtlichen Abhängigkeitsverhältnis weisungsgebunden ist⁹²⁰. Der Rechtsuchende hat insbesondere Anspruch auf einen unparteiischen, unbefangenen und unvoreingenommenen Richter⁹²¹, wobei sich die Gehalte materiell überschneiden⁹²². Die Garantie verlangt indes kein wertfreies und -neutrales, von Lebensumständen und -erfahrung abgewandtes Gericht⁹²³. Sie soll vielmehr alle sachfremden Einflüsse in der Entscheidungsfindung ausschliessen⁹²⁴ und bildet den Massstab der in der Sache unvoreingenommenen Beurteilung: Der Richter hat alle vorgebrachten rechtlichen Argumente oder Anspruchsbegründungen unabhängig aller allgemeinen Einschätzungen zu beurteilen. Art. 30 BV erfordert namentlich, sich mit Vorbringen zu Praxen auseinanderzusetzen, welche als scheinbar nicht hinterfragbar angesehen werden. Art. 30 BV impliziert so das Offensein für alle rechtlichen (Gegen-)Argumente und ist gleichermassen eine Verstetigung der Einzelfallbetrachtung. Geschützt wird ein Raum der Interpretation der gewählten Richterpersönlichkeit, die namentlich unabhängig ist von einer vorherrschenden sozialen oder politischen Einordnung⁹²⁵. Der Richter entscheidet in diesem Sinne aufgrund seiner Unabhängigkeit selbst, wie das Recht zu verstehen ist, an das er gebunden ist; gesprochen wird vom *Paradox der Rechtsfindung*⁹²⁶. Eine Überprüfung kann nur im Instanzenzug durch höhere Gerichte vorgenommen werden, eine Einflussnahme von aussen ist untersagt⁹²⁷. Am Ende des Instanzenzugs entwickelt das jeweilige Höchstgericht die massgebliche Interpretation⁹²⁸.

⁹²⁰ SGK-BV, Steinmann, N. 15 ad Art. 30.

⁹²¹ Art. 30 Abs. 1 BV.

⁹²² SGK-BV, Steinmann, N. 16 ad Art. 30.

⁹²³ BGE 105 Ia 157 E. 6a S. 162 f.; SGK-BV, Steinmann, N. 16 ad Art. 30.

⁹²⁴ BGE 114 Ia 50 E. 3c S. 55 f.

⁹²⁵ Erforderlich sind also genuin eigenständige Auffassungen von rechtsrelevanten Tatbeständen, die mithin erheblich von einer herrschenden sozialen Einschätzung abweichen können.

⁹²⁶ Schönberger, Rechtsfindung, S. 325; Hänni, Unabhängigkeit, S. 10. Vgl. auch die institutionelle Verankerung der Unabhängigkeit in Art. 191c BV.

⁹²⁷ Hänni, Unabhängigkeit, S. 10 ff.

⁹²⁸ Vgl. Schönberger, Rechtsfindung, S. 325.

2.2 Verantwortung (Art. 6 BV)

Der individuelle Aspekt von Art. 30 BV hat Bezug zu Art. 6 der Verfassung, wobei die Tragweite des normativen Gehalts der Bestimmung bisher nicht vollständig geklärt ist. Nach Art. 6 BV nimmt jede Person Verantwortung für sich selber wahr und trägt nach ihren Kräften zur Bewältigung der Aufgaben in Staat und Gesellschaft bei. Art. 6 BV ist präambelähnlich, «ein Mosaikstein im Menschenbild» der Verfassung⁹²⁹. Die Bestimmung ist konkretisierungsbedürftig, zugleich nicht durchwegs positivierbar⁹³⁰.

In den Gerichtsentscheiden tritt die Norm bisher insbesondere als Ausdruck des Subsidiaritätsprinzips im Bereich der Sozialversicherung auf⁹³¹. Art. 6 BV enthält als Grundwerteartikel⁹³² jedoch Auslegungsgrundsätze für weitere konstitutionelle Kontexte⁹³³. Der in der Bestimmung enthaltene Begriff «Verantwortung» ist seit Langem mit Individualität und Freiheit verknüpft⁹³⁴. In den Debatten der Räte wurde auf KANTS Kategorischen Imperativ verwiesen⁹³⁵. Die individuell-verantwortliche Dimension im Sinne des Kategorischen Imperativs bildet einen Auslegungsaspekt zum Verständnis von Art. 30 BV: Im Rahmen der Rechtsbindung hat das Gericht die weitere Konkretisierung der Norm nach verallgemeinerungsfähigen und insofern verantwortungsvollen eigenen Kriterien der Wertung zu erschliessen. Es muss für den zu beurteilenden Einzelfall durch Gesichtspunkte der Verallgemeinerung festlegen, wie das Recht zu verstehen ist, an das es gebunden ist⁹³⁶.

⁹²⁹ SGK-BV, Häberle, N. 12 ad Art. 6.

⁹³⁰ SGK-BV, Häberle, N. 12 ad Art. 6.

⁹³¹ Vgl. etwa BGE 141 I 153 E. 4.2 S. 156; BGer 8C_44/2012 vom 31. August 2012 E. 7.2, nicht publ. in BGE 138 I 265; vgl. Art. 5a BV.

⁹³² SGK-BV, Häberle, N. 12 und 17 ad Art. 6; BSK-BV, Gächter/Renold-Burch, N. 7 ad Art. 6.

⁹³³ SGK-BV, Häberle, N. 13 ad Art. 6; Haldemann, Verantwortung, S. 35 ff.

⁹³⁴ SGK-BV, Häberle, N. 15 ad Art. 6.

⁹³⁵ «Gemeinsinn als kategorischer Imperativ: Das, was der Mensch von der Gesellschaft beansprucht, soll er auch zurückgeben» (Nationalrat Gross); SGK-BV, Häberle, N. 2 ad Art. 6. Insofern hat der Artikel auch einen engen Bezugspunkt zu Art. 7 BV (Menschenwürde).

⁹³⁶ Vgl. mit Bezug auf die Verallgemeinerung bzw. Regelfähigkeit z.B. BGE 123 III 292 E. 2e aa S. 297. Eng verknüpft mit dem Begriff der Verantwortung ist der Begriff des

2.3 Rechtsanwendung (Art. 1 ZGB)

Nach Art. 1 ZGB findet das Gesetz auf alle Rechtsfragen Anwendung, für die es nach Wortlaut oder Auslegung eine Bestimmung enthält⁹³⁷. Das Bundesgericht führt denn auch aus, die Gesetzesbestimmungen seien in erster Linie nach ihrem Wortlaut auszulegen⁹³⁸. Dass der Wortlaut allein das normativ Gesollte oft nicht hinreichend bestimmen kann, ist in verschiedenen Untersuchungen dargelegt worden⁹³⁹.

Im Vordergrund steht im Rahmen der Rechtsfindung entsprechend die Auslegung des Begriffsinhalts der Bestimmungen⁹⁴⁰. Durch die Auslegung sollen die Sinnimplikationen eines Rechtstextes entfaltet und in sprachlicher Weise ausdrücklich gemacht werden⁹⁴¹. Das Bundesgericht hält in neuerer Zeit denn auch vermehrt fest, dass das Gesetz in erster Linie aus sich selbst heraus, das heisst nach dem Wortlaut, Sinn und Zweck und den ihm zu Grunde liegenden Wertungen auf der Basis einer teleologischen Verständnismethode, ausgelegt werden muss⁹⁴². Das Bundesgericht misst dabei der *ratio legis* spezifisches Gewicht zu⁹⁴³. Dahinter stehen, wie dargelegt, weitere Erkenntnisschritte, welche die Methodenwahl selbst lenken⁹⁴⁴.

Nach Art. 1 Abs. 2 ZGB soll das Gericht – soweit dem Gesetz keine Vorschrift entnommen werden kann – nach Gewohnheitsrecht und, wo auch ein solches fehlt, nach der Regel entscheiden, die es als Gesetzgeber aufstellen würde (Art. 1 Abs. 2

Ethos (der Haltung, des Verantwortungsbewusstseins) der Juristen; vgl. Böckenförde, Ethos der Juristen, passim.

⁹³⁷ Art. 1 Abs. 1 ZGB.

⁹³⁸ BGE 143 II 685 E. 4 S. 689 f.

⁹³⁹ Vgl. dazu Hänni, Wittgenstein, S. 221 ff.

⁹⁴⁰ Ebenso Gauch, Vortrag EIZ, 20. April 2018. «Rechtsanwendung im kontinentaleuropäischen Gesetzesrecht (*codified law*) ist Subsumtion des Falles unter eine Norm, was i.d.R. eine Auslegung derselben notwendig macht»; BSK-ZGB, Honsell, N. 1 ad Art. 1; zur Kritik an der Alternative des Wortlauts oder der Auslegung bzw. des Wortlauts als Gegenstand der Auslegung oben, Kap. 2 II 2; BSK-ZGB, Honsell, N. 1 ad Art. 1.

⁹⁴¹ Vgl. Gadamer, Wahrheit, S. 375.

⁹⁴² Statt vieler: BGE 144 III 100 E. 5.2 S. 103.

⁹⁴³ Vgl. z.B. BGE 144 III 100 E. 5.2 S. 103. Vgl. die *ratio legis* betonend bereits Dubs, Ratio legis, S. 26.

⁹⁴⁴ Hierzu oben, Kap. 2 II 3, und unten, Kap. 4 I 1 1.4.

ZGB). Geht man wie hier – u.a. gestützt auf den Umstand, dass «Vorschrift» nicht bloss eine spezifische Gesetzesnorm meinen muss und Lücken in der Bestimmung nicht erwähnt werden⁹⁴⁵ – davon aus, dass sich diese Formulierung nicht ausschliesslich auf Lücken bezieht, so erstreckt sich die Anerkennung der Präjudizien als subsidiäre Rechtsquelle auch auf die Anwendung des Rechts (Art. 1 Abs. 1 ZGB)⁹⁴⁶.

Der Stellenwert der «Präjudizien» ist für die Stabilisierung der Rechtsfindung besonders wichtig und höher einzuschätzen, als dies die ältere Lehre tut⁹⁴⁷. Wie sich gezeigt hat, entfalten gerade Präjudizien eine Wirkung auf die Auslegung bzw. Konkretisierung der Norm⁹⁴⁸ und sind damit *de facto* regelmässig auch unter dem Blickwinkel von Art. 1 Abs. 1 ZGB relevant⁹⁴⁹. Allerdings ergibt sich eine noch deutlich stärkere Bedeutung für die Rechtserkenntnis – wie sich im Lauf der Untersuchung gezeigt hat – aus dem Verfassungsrecht, das ihre Heranziehung zu strukturieren vermag.

2.4 Rechtsbindung (Art. 5 Abs. 1 BV; Art. 191c BV)

Von grosser Bedeutung für die Entscheidungsfindung insbesondere im Bereich des Öffentlichen Rechts⁹⁵⁰ ist die *Rechtsbindung* nach Art. 5 BV: Richterliche Behörden sind nur dem Recht verpflichtet (Art. 191c BV); Grundlage und Schranke staatlichen Handelns ist das Recht. Gewöhnlich werden zwei Teile des (formellen) Gesetzmässigkeitsgrundsatzes unterschieden: zum einen die Respektierung des demokratisch erlassenen formellen Gesetzes durch die nachrangigen Staatsorgane (Vorrang des formellen Gesetzes). Zum anderen besteht das Erfordernis der Rückführbarkeit allen staatlichen, auch gerichtlichen, Handelns auf ein Gesetz (Vorbehalt des Gesetzes)⁹⁵¹. Mit dem Grundsatz der Rechtsbindung verbindet sich im demokratischen Verfassungsstaat namentlich die Forderung, dass der Rechtsan-

⁹⁴⁵ Vgl. auch ZK-ZGB, Dürr, N. 358 ad Art. 1.

⁹⁴⁶ Vgl. hiervor Kap. 3 V 3 3.1. So auch die überwiegende Meinung in der Lehre: BK-ZGB 2012, Emmenegger/Tschentscher, N. 474 ad Art. 1, und ZK-ZGB, Dürr, N. 543 f. ad Art. 1 je m.w.H.

⁹⁴⁷ Vgl. BK-ZGB 1966, Meier-Hayoz, N. 497 ff. ad Art. 1; kritisch dazu BSK-ZGB, Honsell, N. 39 ad Art. 1.

⁹⁴⁸ Vgl. oben, Kap. 2 II 4, Kap. 3 V und VI.

⁹⁴⁹ Vgl. oben, Kap. 1 III 1.

⁹⁵⁰ Vgl. Gächter, Rechtsmissbrauch, S. 15 f.

⁹⁵¹ Biaggini, Verfassung und Richterrecht, S. 283.

wender das von der demokratischen Gesetzgebung (Vor-)Entschiedene respektiert⁹⁵²; das Urteil muss mit dem Gesetz vereinbar sein⁹⁵³. Insofern geht es um gerichtliche Normkonkretisierung oder in den Worten RADBRUCHS: Juristische Interpretation ist nicht (nur) das Nachdenken eines Vorgedachten, sondern Zu-Ende-Denken eines Gedachten⁹⁵⁴. Das Legalitätsprinzip erfordert dabei nicht eine Maximierung mit Blick auf die Normstufe und Normdichte, sondern seine Optimierung mit Blick auf die zugrunde liegende Rechtsmaterie⁹⁵⁵.

Die klassischen Methodenregeln werden nach herrschendem Verständnis auch im Öffentlichen Recht als das Mittel der Sicherstellung der Rechtsbindung nach Art. 5 BV betrachtet⁹⁵⁶. Sie werden zwar in verschiedenen Urteilen im allgemeinen Teil angeführt, jedoch zeigt sich rasch, dass sie nur in wenigen Fällen systematisch geprüft werden und eher selten entscheidendes Gewicht erlangen⁹⁵⁷. Die praktische Bedeutung der traditionellen Auslegungselemente ist so (nicht nur) für den Bereich des Öffentlichen Rechts wesentlich eingeschränkt⁹⁵⁸. Soweit in den Urteilen auf die Methodik explizit Bezug genommen wird, erfolgt dies meist über abstraktere Formen der Gesetzeskonkretisierung. Insbesondere in neueren Urteilen hält das Höchstgericht explizit fest: «Die Gesetzesauslegung hat sich vom Gedanken leiten zu lassen, dass nicht schon der Wortlaut die Norm darstellt, sondern erst das *an Sachverhalten verstandene* und konkretisierte Gesetz»⁹⁵⁹. Es fährt fort:

⁹⁵² Vgl. zum Primat des demokratisch Vorentschiedenen Rhinow, Methodik, S. 188 f.

⁹⁵³ Vgl. Biaggini, Verfassung und Richterrecht, S. 291.

⁹⁵⁴ Radbruch, Einführung 1969, S. 254.

⁹⁵⁵ SGK-BV, Schindler, N. 29 ad Art. 5; Schindler, Verwaltungsermessen, Rz. 394, 427, 495; vgl. auch mit Verweis auf den «point d'équilibre» Moor/Flückiger/Martenet, Droit administratif, S. 683.

⁹⁵⁶ Vgl. Biaggini, Verfassung und Richterrecht, S. 290 f.

⁹⁵⁷ Vgl. auch Dubs, Ratio legis, S. 21, der von «wenig ergiebigen allgemein-methodologischen Erwägungen» in den Urteilen spricht. Ein eher seltenes Beispiel für eine eingehende Auseinandersetzung mit den *canones* ist BGE 140 II 289 ff. mit Blick auf die (sich erstmals stellende) Frage, ob hinsichtlich der Zusammenrechnung der verschiedenen Ehejahre auf die erforderliche Ehedauer von drei Jahren für eine Verlängerung des Aufenthalts nach Art. 50 Abs. 1 lit. a AuG (bzw. Art. 50 Abs. 1 lit. b AIG) eine Gesetzeslücke besteht (BGE 140 II 289 E. 3 S. 291 ff.).

⁹⁵⁸ Vgl. Kramer, Methodenlehre, 6. A., S. 359 ff.

⁹⁵⁹ BGE 140 III 100 E. 5.2 S. 103 mit zahlreichen Referenzen. Hervorhebungen durch die Autorin.

«Gefordert ist die sachlich *richtige Entscheidung im normativen Gefüge*, ausgerichtet auf ein befriedigendes Ergebnis der *ratio legis*»⁹⁶⁰.

Vor dem Hintergrund der offenen Formulierung des Ziels des Normsinns – hier verstanden als Regelungsidee⁹⁶¹ – ist die Frage essentiell, welche Erkenntnisschritte die Rechtsbindung herstellen. So gebietet es sich, die Erkenntnisschritte zur Normkonkretisierung genauer zu fassen. Insbesondere lassen sich unter dem Blickwinkel von Art. 8 sowie Art. 9 BV *verschiedene Erkenntnisschritte* für die Rechtsanwendung darstellen, die die Auslegung im Vergleich zu den *canones* in einem deutlich höheren Masse stabilisieren⁹⁶².

2.5 Rechtsgleichheit (Art. 8 BV) und Willkürverbot (Art. 9 BV)

Nach dem *Rechtsgleichheitsgebot* (Art. 8 Abs. 1 BV) ist Gleiches nach Massgabe seiner Gleichheit gleich und Ungleiches nach Massgabe seiner Ungleichheit ungleich zu behandeln⁹⁶³. Die rechtsgleiche Rechtsanwendung ist ein bedeutsames rechtsstaatliches Gebot; als formale Gerechtigkeit gehört sie zum Grundbestand staatlicher Legitimität⁹⁶⁴. Der Anspruch auf «rechtsgleiche Behandlung wird [...] verletzt, wenn hinsichtlich einer entscheidungswesentlichen Tatsache rechtliche Unterscheidungen getroffen werden, für die ein vernünftiger Grund in den zu regelnden Verhältnissen nicht ersichtlich ist, oder wenn Unterscheidungen unterlassen werden, die aufgrund der Verhältnisse hätten getroffen werden müssen»⁹⁶⁵.

Für die Rechtsfindung ist aus der Perspektive des Gleichheitsgebots zunächst massgeblich, dass gleiche Fallkonstellationen gleich beurteilt werden⁹⁶⁶. Gerichte sind aufgrund des Rechtsgleichheitsgebots und des *Willkürverbots* (Art. 9 BV)

⁹⁶⁰ BGE 140 III 100 E. 5.2 S. 103. Hervorhebungen durch die Autorin. Dabei befolgt das Bundesgericht einen pragmatischen Methodenpluralismus und lehnt es explizit ab, die einzelnen Auslegungselemente einer hierarchischen Prioritätsordnung zu unterstellen; BGE 140 III 100 E. 5.2 S. 103 mit zahlreichen Referenzen.

⁹⁶¹ Vgl. Kap. 2 II 3 und Kap. 3 IV 2.2.1.

⁹⁶² Vgl. z.B. anhand des Verhältnismässigkeitsgrundsatzes, der als Querschnittsklausel auf verschiedenste Rechtsgebiete anzuwenden ist, oben, Kap. 3 IV 2 2.2.

⁹⁶³ Statt vieler BGE 140 I 77 ff.

⁹⁶⁴ Gächter, Rechtsmissbrauch, S. 233.

⁹⁶⁵ BGE 145 II 206 E. 2.4.1 S. 211.

⁹⁶⁶ Vgl. BGE 140 I 201 E. 6.5.1 S. 210; 129 I 113 E. 5.1 S. 125 f.

verpflichtet, keine Entscheide zu erlassen, die in sich widersprüchlich sind⁹⁶⁷. Insbesondere bei Ermessensnormen und unbestimmten Rechtsbegriffen, aber auch allgemein bei Konkretisierungserfordernissen der anwendbaren Normen verpflichtet Art. 8 BV die Behörden, «nach einheitlichen, über den Einzelfall hinaus gültigen Kriterien vorzugehen», mithin «eine Praxis zu bilden»⁹⁶⁸. Da die Änderung der Praxis zwangsläufig mit Ungleichbehandlungen gegenüber den früheren oder neuen Fällen verbunden ist, sind an sie unter dem Blickwinkel von Art. 8 BV spezifische Anforderungen entwickelt worden. Eine Praxisänderung «lässt sich grundsätzlich nur begründen, wenn die neue Lösung besserer Erkenntnis der *ratio legis*, veränderten äusseren Verhältnissen oder gewandelten Rechtsanschauungen entspricht»⁹⁶⁹.

Die Bedeutung von Art. 8 und 9 BV beschränkt sich allerdings nicht auf die Voraussetzungen zur Praxisänderung. Insbesondere das Rechtsgleichheitsgebot hat auch eine signifikante Bedeutung für die Entwicklung von Präjudizien: Art. 8 BV steht in der Tradition des analogen Denkens⁹⁷⁰. Wenn die Voraussetzung der Gleichartigkeit der Wertungslage erfüllt ist, ist das Gericht grundsätzlich zur analogen Anwendung verpflichtet⁹⁷¹. Aus dem Gleichheitsgebot folgt die Notwendigkeit, den Analogieschluss zu begründen⁹⁷². Das analoge Denken greift indessen nicht bloss bei der Lückenfüllung bzw. der Rechtsfortbildung. Etwas subtiler bedacht, ist das Rechtsgleichheitsgebot Ausgangspunkt für eine regelgeleitete Interpretation der anzuwendenden Norm im Zusammenhang mit der Präjudizienrezeption: Art. 8 BV erfordert, den Gehalt der Norm regelartig zu abstrahieren, sodass dieser rechtsgleich auf Folgekonstellationen im Rechtsgefüge angewendet werden kann. Oder wie dies BGE 123 III 292 festhält: «Die Rechtsfindung hat sich um

⁹⁶⁷ Vgl. für den Gesetzgeber Biaggini, Verfassung und Richterrecht, S. 254 f. mit Verweis auf Burckhardt, Lücken, S. 88; Thürer, Willkürverbot, S. 478; Uhlmann, Willkürverbot, S. 59 ff.

⁹⁶⁸ BGE 125 II 152 E. 4c S. 162.

⁹⁶⁹ BGE 137 V 133 E. 6.1 S. 137.

⁹⁷⁰ Hierzu oben, Kap. 2 III 2 2.4.

⁹⁷¹ Sog. «Analogiegebot»; Kramer, Methodenlehre, 6. A., S. 279 ff., der sich auf planwidrige Unvollständigkeiten bzw. die Rechtsfortbildung i.e.S. bezieht. Das analoge Denken ist zwar kein Garant für Richtigkeit; es wirkt gleichwohl stabilisierend, weil es wiederkehrende Strukturen darstellen kann: Das Unvertraute kann mittels des Vertrauten und Entschiedenen erklärt werden. Vgl. oben, Kap. 2 III 2 2.4 a; Tetens, Argumentieren, S. 181.

⁹⁷² Vgl. Kramer, Methodenlehre, 6. A., S. 49, 231.

juristische Erkenntnis zu bemühen, welche die Umsetzung der normativen Vorgaben *regelfähig* macht. Regelfähigkeit aber fordert nicht allein über den Einzelfall hinausgehende Wiederholbarkeit, sondern auch Widerspruchsfreiheit im Wertungssystem»⁹⁷³.

Die rechtsgleiche Argumentation zielt so auch auf eine einheits- (bzw. gleichheits-)stiftende Funktion für die Rechtsanwendung⁹⁷⁴. Rechtsfälle möglichst gleich zu lösen, dient auch der Maxime, die Argumentationsgänge in der Rechtsprechung einfach zu halten. Die Rechtsgleichheit repräsentiert somit einen wichtigen Zugang zur strukturellen Einheit der Rechtsordnung, die (auch) durch die Gerichte herzustellen ist. Die so geschaffene Einheit der Rechtsordnung ist dabei nicht als gegebene Eigenschaft der Rechtsordnung zu verstehen, sondern ist vielmehr ein aus Gründen «der Rechtsgleichheit, der Rechtssicherheit und Gerechtigkeit anzustrebendes Ziel»⁹⁷⁵.

Art. 8 BV bildet auch die verfassungsrechtliche Grundlage, das ungleich Gewordene nunmehr zu *differenzieren*⁹⁷⁶. Die Rechtsgleichheit kann eine Praxisänderung gebieten, wenn sich herausstellt, dass eine geltende Praxis eine Gruppe ohne sachliche Gründe bevorzugt⁹⁷⁷. Das Rechtsgleichheitsgebot bildet aber auch eine verfassungsrechtliche Grundlage, dem Normsinn vor dem Hintergrund geänderter Fakten – oder einer neuen Einschätzung der Faktenlage – Genüge zu tun⁹⁷⁸. Art. 8 BV beinhaltet also auch das Recht, dass ein Gericht den aktuellen Normsinn in Anbetracht sachimmanenter neuer Erkenntnisse zum Ausdruck zu bringen vermag. Die Verfassungsnorm hat so – auch direkt angewandt – schon verschiedentlich Elemente zur Verbesserung der gesellschaftlichen Gerechtigkeit in die Rechtsanwendung eingebracht⁹⁷⁹.

⁹⁷³ BGE 123 III 292 E. 2e/aa S. 297. Hervorhebung durch die Autorin.

⁹⁷⁴ Das impliziert auch eine bessere Kohärenz; vgl. in etwas abweichender Verwendung der Begrifflichkeit, aber ebenfalls auf Analogie basierend Strauch, Mustererkennung, S. 341 f.

⁹⁷⁵ Biaggini, Verfassung und Richterrecht, S. 255; vgl. auch Grisel, Hiérarchie, S. 379; BK-ZGB 1966, Meier-Hayoz, N. 417 ff. ad Art. 1.

⁹⁷⁶ BGE 136 II 457 E. 7.1 S. 468; 136 I 17 E. 5.3 S. 29.

⁹⁷⁷ Vgl. etwa BGE 142 V 290 E. 6.4 S. 296.

⁹⁷⁸ BGE 142 V 488 E. 7.1 S. 498; vgl. auch Biaggini, Verfassung und Richterrecht, S. 266 f.

⁹⁷⁹ Vgl. etwa für das Beispiel der Zulassung von Frauen zur anwaltlichen Tätigkeit BGE 13 I 1 und die geänderte Rechtsauffassung in BGE 49 I 14 ff. Vgl. auch die Entwick-

Das Differenzierungsgebot erfordert sodann auch, die Präjudiziellen Erwägungen über verschiedene Fallkonstellationen auf die Regelungsidee hin zu optimieren. Art. 8 BV beinhaltet so insbesondere den Anspruch der Rechtsuchenden, dass das Gericht seinen Blick für die bessere Erkenntnis des Normsinns offenhält, Präjudizielle Erwägungen mit jeder neuen Falleroberfahrung überprüft und erforderlichenfalls *optimiert*.

3. Normkonkretisierung – Axiomatisierung der Normen

3.1 Überblick

Wie lassen sich nun auf entsprechende normative Strukturelemente zurückzuführende Erkenntnisschritte darstellen? Wie in verschiedenen anderen Wissenschaften ist auch in der juristischen Entscheidungsfindung die Logik eine wesentliche Grundlage für die Strukturierung der Erkenntnisschritte, wodurch die einzelnen Schritte nachvollziehbar, wiederholbar werden. Die juristische Logik verlangt zunächst die Vermeidung von Widersprüchen und eine innere Folgerichtigkeit, die dem Gedanken der Rechtseinheit Genüge tut⁹⁸⁰. Darüber hinaus vermag sie aber auch Erkenntnisschritte sichtbar zu machen, deren sich Höchstgerichte bedienen, um Recht anzuwenden.

Ein Grossteil der Normen ist, wie dargelegt, nicht auf eine Weise bestimmt, dass eine Subsumtion und Ableitung der Rechtsfolge direkt möglich wäre⁹⁸¹. Dem Gericht kommt die Aufgabe zu, neue Fälle, an die die Gesetzgebung oftmals nicht gedacht hat (und angesichts der Vielheit der Lebenssachverhalte auch nicht denken konnte), zu beurteilen⁹⁸². Dies impliziert auch, die Norm für ihre Anwendung *operabel* zu machen. Genau hierfür, für die Konkretisierung der Normen auf den Einzelfall, erfolgen der Subsumtion vorangehende Erkenntnisschritte; namentlich werden gerichtliche Prämissen für die Anwendung gesetzt.

lung der Rechtsprechung zu Art. 8 Abs. 3 Satz 2 BV in BGE 137 I 305 ff. E. 2 ff. S. 310 ff.

⁹⁸⁰ BSK-ZGB, Honsell, N. 10 ad Art. 1.

⁹⁸¹ Vgl. oben, Kap. 2 III 1 1.3 c; BSK-ZGB, Honsell, N. 11 ad Art. 1.

⁹⁸² BSK-ZGB, Honsell, N. 11 ad Art. 1. Die *ratio legis* ist objektiv-teleologisch zu ermitteln; vgl. BSK-ZGB, Honsell, a.a.O.

3.2 Sachverhaltliche Prämissen

Bereits bei der Sachverhaltsfeststellung wird mit Prämissen operiert. Eine erste Prämisse besteht demnach darin, dass der sprachlich fixierte Sachverhalt, so wie er durch die Vorinstanz festgestellt wurde, als Grundlage des Falles als richtig vorausgesetzt wird. Auf der Ebene des Bundesgerichts oder der höheren Gerichte können Sachverhalte nicht mehr frei geprüft werden. Wenn der Sachverhalt nicht offensichtlich unrichtig ist, werden die vorinstanzlichen Feststellungen für die rechtliche Beurteilung des Falles massgeblich⁹⁸³.

Der Lebenssachverhalt wird – trotz der damit verbundenen Reduktion seiner Komplexität – durch die sprachliche Konstruktion des juristischen Sachverhalts wiederholbar⁹⁸⁴. Der Sachverhalt ist auf die Elemente reduziert, welche die Vorinstanz festgehalten hat, und bildet die Grundlage für das juristische Urteil.

Gleichermassen ist die damit – mit jedem zu beurteilenden Fall verbundene – *Situativität* Ausgangspunkt für die Normanwendung; sie erst stellt das Gericht vor die Frage der konkreten Normwirkung. Die konkrete Situation prägt so als Erstes das gerichtliche Erkenntnisverfahren.

Situativität ist erste Grundlage für die Entwicklung allgemeiner regelartiger Anwendungsmassstäbe zur Norm.

3.3 Subordination – Wege der Zuordnung zur Norm

Der Sachverhalt lässt sich in aller Regel nicht direkt subsumieren, vielmehr müssen die Sachverhaltselemente im Lichte der Anträge zunächst einer Norm oder aber einem Normkomplex zugeordnet werden⁹⁸⁵. Im Rahmen der Rechtsfindung muss also zunächst die Frage diskutiert werden, *ob* die Streitsache unter die Norm fällt oder wie verschiedene anwendbare Normen oder Normebenen zu gewichten sind.

Die Frage der Unterordnung eines festgestellten Sachverhalts unter eine Norm wird als *Subordination* umschrieben. Mittels der Subordination legt das Gericht

⁹⁸³ Art. 105 Abs. 1 BGG.

⁹⁸⁴ Hänni, Hermeneutik, S. 76.

⁹⁸⁵ Vgl. Gröschner, Logik, S. 446 ff.

die Regeln fest, nach denen Gegebenheiten unter bestimmte Normen oder Normgruppen subsumiert werden⁹⁸⁶.

Gegenstand der Subordination ist die «Streitsache»⁹⁸⁷. Die Streitsache wird durch den von der Vorinstanz festgestellten Sachverhalt und die Anträge definiert. Das Bundesgericht legt die Anträge unter Berücksichtigung der Rügen aus und prüft im Rahmen der jeweils massgeblichen Kognition, unter welche Norm oder Normkomplexe die Streitsache fällt. Gerichtliche Regelbildungen zur Subordination gehen der Subsumtion voraus: Erst die Subordination ermöglicht eine anschliessende Subsumtion unter eine oder mehrere Normen⁹⁸⁸.

Im Rahmen der Subordination zeigt sich auch, dass oftmals – oder eher: regelmässig – verschiedene Normen gleichzeitig anwendbar sind. Welche Normen zur Anwendung gelangen, ist ebenfalls im Rahmen von Subordinationsschritten zu bestimmen. In der Subordination ist daher auch zu eruieren, welchen der anwendbaren Normen welches Gewicht zukommt. Verschiedene entsprechender Abgrenzungsformeln wie etwa die *lex specialis*-Regel, das Anwendungsgebot von Art. 190 BV oder auch die praktische Konkordanz, die selbst Gegenstand der Interpretation sind, können bei der Gewichtung als Anhaltspunkte dienen⁹⁸⁹.

Die Erkenntnisschritte der Subordination sind (später) im Urteil auszuweisen.

3.4 Operationalisierung der Norm – Erarbeitung von regelartigen Anwendungsprämissen

a Hypothesenartige Regelbildung

Aus der in aller Regel fehlenden Deduzierbarkeit der Norm(en) auf den konkreten Sachverhalt erfolgt die Notwendigkeit, für die Ableitung der Rechtsfolge gerichtliche *Anwendungsprämissen* zu setzen.

Sofern die Norm das erste Mal für eine spezifische Fallkonstellation ausgelegt wird, ist die Heranziehung der Auslegungscanones gebräuchlich. Das Resultat der *canones* bringt unter den verschiedenen angeführten Auslegungselementen erste Anhaltspunkte zum Verständnis der Norm. Jedoch erfordert auch die auf diese

⁹⁸⁶ Van Zantwijk, Tradition, S. 35 f.

⁹⁸⁷ Bzw. der Streitgegenstand; vgl. Gröschner, Logik, S. 448.

⁹⁸⁸ Vgl. van Zantwijk, Tradition, S. 35 f.; vgl. oben, Kap. 3 III 2.

⁹⁸⁹ Vgl. dazu oben, Kap. 3 III 3.

Weise bereits ausgelegte Norm weitere Konkretisierungen für ihre Anwendbarkeit; *operabel* wird die Norm erst durch ihre weitere Konkretisierung auf ihren Normsinn (Regelungsidee) hin.

Gerichte müssen im Rahmen der Anwendung definieren, was sie unter der Norm verstehen. Die gerichtliche Umsetzung der normativen Vorgaben erfolgt durch die Entwicklung regelartiger Anwendungsmassstäbe. Sie konkretisiert die Regelungsidee für spezifische Fallkonstellationen und macht die Norm operabel. Die so entwickelten Anwendungsmassstäbe werden zunächst (im Rahmen der Erstauslegung) als Hypothesen herangezogen (sog. Abduktion)⁹⁹⁰. Die gerichtlichen Anwendungsmassstäbe erlangen jedoch auch in analogischen oder reduktiven Schlüssen im Zusammenhang mit der Präjudizienrezeption erhebliche Bedeutung.

b Entwicklung von Präjudiziellen Erwägungen

Die gerichtlichen Abstraktionen sind so zunächst für Einzelfallurteile relevant und werden danach oft als Präjudizielle Erwägungen verwendet, die sich in der Rechtsprechung als *erkenntnis erleichternd* für weitere Fälle bewähren müssen. Mit dem Heranziehen der Anwendungsprämissen auf verschiedene Fallkonstellationen etablieren sich Präjudizien und eine Praxis. An die Abweichung von Anwendungsprämissen sind aus Gründen der Vorhersehbarkeit behördlichen Handelns und die qualifizierten Anforderungen an die Praxisänderung Grenzen gesetzt⁹⁹¹.

Der Vorgang der Normkonkretisierung erfolgt also auch in Betrachtung von verschiedenen Fallkonstellationen, die herangezogen werden (*Analogie*⁹⁹²), um die Anwendungsprämisse genauer auszuformulieren. Sobald die Anwendungserfahrung so weit fortgeschritten ist, dass aus ihr abstrakte regelartige Anwendungsmassstäbe entwickelt werden können, kann dies als *Reduktion* bezeichnet werden⁹⁹³.

In aller Regel werden also bereits entschiedene vergleichbare Konstellationen herangezogen. Gerade – aber nicht nur – bei spezifisch *grundrechtsrelevanten Streitfragen* reduziert sich die Konkretisierung der Norm nicht auf allgemeine

⁹⁹⁰ Vgl. hiervoor Kap. 2 III 2 2.2.

⁹⁹¹ Art. 8 und 9 BV.

⁹⁹² Vgl. oben, Kap. 2 III 2 2.4.

⁹⁹³ Wobei auch an dieser Stelle darauf hinzuweisen ist, dass die Differenzierung zwischen Analogie und Reduktion umstritten ist und sich die Schlüsse *de facto* oft überlagern; vgl. oben, Kap. 3 I 3 3.3.

sachgerechte Kriterien für die Fallkonstellation im nationalen Kontext, sondern auch auf die Rechtsprechung der verbundenen Gerichte, insbesondere des Europäischen Gerichtshofs für Menschenrechte, allenfalls auf weitere internationale Gerichte.

Ob eine erstmals zu beurteilende Frage, wie beispielsweise das Verbot des Tragens von religiösen Symbolen gegenüber Schülern, verhältnismässig ist (Art. 15 und 36 Abs. 3 BV), wird so unter Bezugnahme auf zahlreiche nationale Fälle sowie die Rechtsprechung des EGMR zu Art. 9 EMRK eruiert. Erst die zusätzliche Betrachtung des Fallmaterials legt die Grundlagen für die Prüfung der Verhältnismässigkeit im Einzelfall fest⁹⁹⁴. Es definiert die Gesichtspunkte näher, anhand derer die Verhältnismässigkeitsprüfung vorzunehmen ist. In Auseinandersetzung mit zulässigen Eingriffskriterien der Verbundgerichte etwa lassen sich Grenzkriterien für den Mindestschutz der Norm definieren. Elemente der Konkretisierung der Abwägungsschritte auf Verfassungsstufe können sich auf diese Weise aus dem *internationalen Recht* ergeben⁹⁹⁵.

Für spezifische Konventionsrechte und Fallkonstellationen (Recht auf Familienleben, Recht auf Privatleben, kombinierter Schutzbereich etc.) existieren im Rahmen des *Case Law* Kriterien, um die Tragweite (in Form von Anwendungsmassstäben) und insbesondere auch die Verhältnismässigkeitsprüfung (in Form von Grenzkriterien) zu strukturieren⁹⁹⁶. Wie sich gezeigt hat, sind dies oft Konsolidierungen der praktizierten Grenzkriterien der Mitgliedstaaten selbst, die als Fallentscheidungsregeln bei hinreichender Ähnlichkeit der Fallkonstellation rechtssatzartig herangezogen werden.

Rechtsfindung oberer Gerichtsbehörden beinhaltet somit stets die Auseinandersetzung mit der Frage, ob die durch das *Case Law* definierten Kriterien im konkreten Fall durch die Vorinstanz eingehalten, mithin korrekt operabel gemacht wurden. Sowohl die Konkretisierung der Norm für die Erstauslegung als auch die Erarbeitung der Kriterien einer strukturierten Interessenabwägung mittels abstrakt-regelartigem Vergleich zu entschiedenen Fallkonstellationen stellen nichts weiter als die Anwendungsprämisse bzw. Grenzkriterien zur Norm dar. Anwendungsprämis-

⁹⁹⁴ Vgl. BGE 142 I 49 ff.; hierzu oben, Kap. 3 VI 5 5.3.

⁹⁹⁵ Vgl. Fn. 534 und BGE 125 II 417. Die Kernbestimmungen der EMRK haben in der neueren Rechtsprechung Geltungsvorrang gegenüber Gesetzen (BGE 125 II 417) und Anwendungsvorrang gegenüber der Verfassung (BGE 139 I 16 E. 5.3).

⁹⁹⁶ Vgl. hierzu im Detail Hugi Yar, Von Trennungen, Härtefällen und Delikten, S. 31 ff.

sen bzw. Grenzkriterien machen diese erst operabel und – im Sinne des Justizsylogismus – für den Einzelfall ableitbar.

Das Produkt der gerichtlichen Ausarbeitung von durch nationale oder internationale Rechtsprechung geprägten Anwendungsprämissen oder Grenzkriterien sind Erwägungen, die abstrakt-regelartig bezeichnen, wie die Norm für ihre Anwendung zu verstehen ist. Die Erwägungen werden in Folgefällen als massgebliche Quelle für die Fallentscheidung herangezogen und als Präjudizielle Erwägungen bezeichnet. Die so entwickelten abstrakten regelartigen Erwägungen – die Präjudiziellen Erwägungen – sind *Judikatives Recht*.

c Funktion und Bedeutung von Präjudiziellen Erwägungen

Die Herausarbeitung von Präjudiziellen Erwägungen verringert in oftmals entscheidendem Mass die Unbestimmtheit der generell-abstrakt formulierten Rechtsätze. Sie tragen insofern zum Gehalt und zum Verständnis von Rechtsnormen bei⁹⁹⁷. Präjudizielle Erwägungen machen aus der Sicht des Einzelnen die Rechtslage erkennbarer⁹⁹⁸. Insbesondere stabilisieren Präjudizielle Erwägungen die Rechtsbindung, indem sie die Normativität der anwendbaren Bestimmungen in der Rechtswirklichkeit möglichst rechtsgleich, jedoch offen zur Optimierung mit Blick auf den Normsinn, zur Geltung bringen⁹⁹⁹.

Die Auseinandersetzung mit Präjudiziellen Erwägungen stellt somit ein zentrales Instrument für die Rechtsfindung dar. Durch reduktive und analogische Erkenntnisschritte wird eruiert, ob eine Anwendungsprämisse auch für die neue in Frage stehende Fallkonstellation heranzuziehen ist. Gerichtliche Erkenntnisschritte orientieren sich zur Auslegung der Norm an entschiedenen Fallkonstellationen¹⁰⁰⁰.

Die Präjudiziellen Erwägungen erfahren aus Gründen der Rechtsgleichheit und der Widerspruchsfreiheit behördlichen Handels (Art. 8 und 9 BV) spezifisches Gewicht. Sie können aber angepasst werden, wenn sie sich als unzulänglich oder

⁹⁹⁷ Vgl. (mit Bezug auf Präjudizien) Payandeh, *Rechtserzeugung*, S. 499.

⁹⁹⁸ Die Anerkennung einer normativen Präjudizienwirkung erscheint insofern auch unter dem Gesichtspunkt der Rechtssicherheit geboten; Payandeh, *Rechtserzeugung*, S. 499.

⁹⁹⁹ Art. 8 BV; vgl. oben, Kap. 3 V 3 3.4. Zur besonderen Bedeutung auch Gächter, *Rechtsmissbrauch*, S. 234.

¹⁰⁰⁰ Entsprechend ist hier von Analogie im Zusammenhang mit Auslegung, nicht von analogen Anwendungen von andere Sachverhalte betreffenden Normen, wie sie insbesondere im Strafrecht nicht zulässig sind (Art. 1 StGB), die Rede.

als von gesetzgeberischen Entwicklungen, auch des internationalen Rechts¹⁰⁰¹, überholt erweisen.

Unzulänglichkeit zeigt sich etwa, wenn gestützt auf eine Vielzahl von Fällen formulierte Anwendungsprämissen in einer neuen, scheinbar gleichen Fallkonstellation ein Ergebnis hervorrufen, das dem *Normsinn* zuwiderläuft¹⁰⁰².

Präjudizien und auch Präjudizielle Erwägungen werden auch dann verworfen, wenn sie sich für die Instanzgerichte als nicht *praktikabel* erweisen¹⁰⁰³. Wenn Präjudizielle Erwägungen nicht zu einer einheitlichen Rechtsprechung der Instanzgerichte führen, wie dies bei Erlass der Entscheidung gewünscht war, werden sie entsprechend angepasst; die Rechtsprechung wird «präzisiert»¹⁰⁰⁴. Auch hier eröffnet sich eine gewisse Parallele zur Rechtsprechung des US Supreme Court: Präjudizien, die nicht die erwünschte Normwirkung erreicht haben bzw. «have defied consistent application by the lower courts»¹⁰⁰⁵, werden verworfen.

Fundamental ist dabei die Erkenntnis, dass sich die Rechtslage demnach nicht nur aus den Entscheidungen der Gesetzgebung, sondern auch – namentlich durch die Erarbeitung präjudizieller Anwendungsprämissen – mittels Formen der Abstraktion in der Anwendung ergibt, die dann für neu zu beurteilende Fälle vergleichend (zur Konturierung der Regelungsidee) oder aber direkt rechtssatzartig herangezogen werden.

¹⁰⁰¹ Vgl. als Beispiel die Anpassung der Rechtsprechung in BGE 144 I 266 E. 3.1–3.9 aufgrund der nicht mehr EMRK-konformen Rechtsprechung nach BGE 130 II 281 zum Recht auf Privatleben (Art. 13 BV bzw. Art. 8 EMRK).

¹⁰⁰² Vgl. das Beispiel BGer 2C_547/2014 vom 5. Januar 2015; oben, Kap. 3 V 3 3.5. Die Anpassung der Präjudiziellen Erwägungen erfolgt zunächst mit Zurückhaltung, nicht bereits beim ersten anders gelagerten Fall, auch wenn der Fall selbst bereits gemäss dem präziseren Normsinn beurteilt wird.

¹⁰⁰³ Vgl. diesbezüglich auch die Aussage des US Supreme Court: «[T]he fact that a decision has proved «unworkable» is a traditional ground for overruling it»; *Montejo v. Louisiana*, 556 U.S. 778, 779 (2009), *Payne v. Tennessee*, 501 U.S. 808, 827 (1991) zitierend.

¹⁰⁰⁴ Vgl. etwa BGE 141 II 169 ff. (Zustimmungsverfahren); 138 III 646 ff. (Abgrenzung der Zuständigkeiten zwischen dem Eheschutzgericht und dem Massnahmengericht).

¹⁰⁰⁵ *Payne v. Tennessee*, 501 U.S. 808, 827 (1991), 830; in Abkehr von den Präjudizien *Booth v. Maryland*, 482 U.S. 496 (1987), und *South Carolina v. Gathers*, 490 U.S. 805 (1989). Vgl. bereits die abweichende Meinung (dissident) in *Gathers*, 814. Vgl. zu weiteren Parallelen oben, Kap. 3 V 2 2.4.

Die Rechtsverwirklichung entsteht in diesem Sinn im Rahmen einer arbeitsteiligen Normativitätsproduktion zwischen Legislative und Judikative¹⁰⁰⁶.

4. Folgerungen für die Methodik: Erweiterung des Subsumtionsmodells

4.1 Entscheidungsfindung und Entscheiddarstellung

Die Erklärung der Genese eines Urteils erfordert ein erweitertes Verständnis der juristischen Methode, welches auch die Grundzüge der Entscheidungsfindung, die wahrheitserweiternde Erkenntnisschritte enthält, darstellen kann.

Die Arbeit setzt entsprechend ein Verständnis der juristischen Methodik voraus, das zwar nunmehr bereits verschiedentlich angerufen¹⁰⁰⁷, bis anhin jedoch noch nicht Teil der allgemeinen Lehre geworden ist. Das Modell beinhaltet die analytische Trennung zwischen *Rechtsfindung* und *Begründung* juristischer Entscheidungen¹⁰⁰⁸. Die Methodik ist zunächst Ausdruck einer notwendigen Trennung von Prämissengewinnung und Subsumtion.

Während die Begründung als deduktives Rahmenschema dargestellt werden kann, ist die Rechtsfindung demnach durch andere charakteristische Erkenntnisschritte geprägt. Bei Betrachtung der Entscheidungsfindung zeigt sich, dass für die Vorbereitung der Subsumtion im Rahmen der Rechtsbindung wesentliche, in der Verfassung (und oft auch im internationalen Recht) begründete Erkenntnisschritte erfolgen: Es handelt sich um spezifische Prämissensetzungen, welche die Auslegung ergänzen oder vertiefen. Sie können im Sinne des strukturierten juristischen Denkens auf die dargestellten Grundoperationen der juristischen Logik zurückgeführt werden. Gemeinsam ist ihnen, dass sie wahrheitserweiternd sind.

Die Prämissensetzungen stehen dabei in einer Doppelbeziehung zu bereits entschiedenen Fallkonstellationen. Zunächst werden die Anwendungsprämissen in einer möglichst verallgemeinerungsfähigen Form (regelmäßig) herausgearbeitet,

¹⁰⁰⁶ Vgl. Payandeh, Rechtserzeugung, S. 499.

¹⁰⁰⁷ Bung, Subsumtion, S. 9; Gröschner, Logik; Gräfin von Schlieffen, Subsumtion; Albers, Rechtsfindung; Hänni, Hermeneutik.

¹⁰⁰⁸ Vgl. Albers, Rechtsfindung, S. 265; Bung, Subsumtion, S. 9; Morlok/Kölbel/Launhardt, Rechtstheorie, S. 22 ff.; zur Unterscheidung zwischen «context of discovery» oder «context of explanation» und «context of justification» mit Blick auf den EuGH Bengoetxea, Legal Reasoning, S. 112 ff.

um Grundlage für weitere Fälle zu werden. Liegt eine Reihe von entschiedenem Fallkonstellationen vor, werden die dort entwickelten Präjudiziellen Erwägungen sodann für die vergleichbaren Fallkonstellationen in direkter (d.h. rechtssatzartig) oder indirekter Analogie (d.h. zur Konturierung der Regelungs-idee) herangezogen¹⁰⁰⁹. Präjudizielle Erwägungen und Präjudizien stabilisieren insofern die Operationalisierung der Norm.

Erst wenn solche Erkenntnisschritte zur Normkonkretisierung im Spruchkörper mehrheitsfähig sind, kann die Subsumtion gestützt auf die entwickelten Anwendungsprämissen als *Entscheidungsdarstellung* im Urteil formuliert werden. Erst im Urteil bilden die kognitiven Schritte der Entscheidungsfindung und Entscheidungsdarstellung eine Einheit¹⁰¹⁰. Dieses ist mithin ein Zusammenspiel der wahrheitserhaltenden und wahrheitserweiternden Schlüsse.

4.2 Der gerichtliche Erkenntnisraum

Auslegung und Subsumtion werden häufig als Modell für die Rechtsfindung herangezogen. Der Justizsyllogismus vermag die äussere Logik der Ableitung der Rechtsfolge darzustellen und die Auslegungscanones können einen Gesichtspunkt unter den Folgerungsbeziehungen im Rahmen der Rechtsbindung statuieren. Die Annahme, dass dies die Form der juristischen Erkenntnis selbst sei, greift indessen zu kurz¹⁰¹¹.

So lässt sich der Justizsyllogismus als ein System des wahrheitserhaltenden Schliessens definieren, d.h., seine Logik gibt an, «[...] wann man bei ihrer Verwendung von wahren Prämissen *zwangsläufig* zu wahren Konklusionen gelangt»¹⁰¹². Das Subsumtionsmodell folgt der Logik der Wahrheitserhaltung: Diese macht überprüfbar, ob die Ergebnisse im Rahmen der Prämissen abgeleitet wur-

¹⁰⁰⁹ Vgl. oben, Kap. 3 V 4 4.1; vgl. zur Einführung der Begrifflichkeit bereits Kap. 2 III 2 2.4 d. Zum Ausdruck kommt im Rahmen der Auslegung insofern auch der Verobjektivierungsfaktor im Sinne von Art. 1 Abs. 3 ZGB. Die Bestimmung «will ganz allgemein die Richtigkeit und Objektivität der Rechtsfindung fördern und ausserdem die Rechtsgleichheit sowie die Rechtssicherheit gewährleisten»; vgl. Schmid, Bewährte Lehre, S. 197.

¹⁰¹⁰ Vgl. Albers, Rechtsfindung, S. 262, 292.

¹⁰¹¹ Bung, Syllogismus, S. 215.

¹⁰¹² Essler/Martínez Cruzado/Labude, Grundzüge der Logik, S. 25 f., vgl. auch S. 27; Bung, Subsumtion, S. 29 (allerdings bezogen auf den Begriff der deduktiven Logik, der – wie oben gezeigt – die Ausarbeitung von Anwendungsprämissen voraussetzt und insofern nicht rein wahrheitserhaltend ist).

den. Wie sich gezeigt hat, gehen die Erkenntnisschritte der Normanwendung deutlich darüber hinaus. Unter die Erkenntnisschritte fallen Prämissensetzungen wie die Subordination, Abduktion und Reduktionen mit analogischen Erkenntnisschritten. Materiell erfolgt die Herausarbeitung von Anwendungsprämissen und Auseinandersetzung mit Präjudiziellen Erwägungen.

Sowohl die Prämissensetzungen als auch deren Stabilisierung mit Präjudiziellen Erwägungen können als regelartige *Konkretisierung des Normsinns* (der Regelungsidee) auf Anwendungsfälle hin verstanden werden. Insoweit wird nachvollziehbar, dass unter den juristischen Erkenntnisschritten nicht bloss «Ableitungen» gemeint sein können, sondern eben auch *wahrheitserweiternde Schritte*: Die Prämissengewinnung durch abduktive, analogische und reduktive Schlüsse erweisen sich als für die Ableitung unverzichtbar. Prämissenbildungen beginnen mit der Frage, ob ein Sachverhalt unter eine Norm fällt. Sodann erfordern, wie sich gezeigt hat, in aller Regel anwendbare Normen – sobald sie unter dem Aspekt der Einzelfallentscheidung herangezogen werden – die Herausarbeitung von Anwendungsprämissen für spezifische Fallkonstellationen. Oder anders gewendet: Das Subsumtionsmodell, welches traditionell als das Grundmuster der Normanwendung angesehen wird, ist nur ein Erkenntnismodell unter anderen, die der Rechtsanwender bei der Handhabung von Normen verwendet¹⁰¹³.

Daraus wird erkennbar, dass der für die Rechtsfindung oft herangezogene Justizsyllogismus (Subsumtion) wesentliche Schritte der Rechtserkenntnis selbst nicht darstellen kann, sondern wahrheitserweiternde Schritte *impliziert*¹⁰¹⁴.

4.3 Wertungserfordernisse

Die Wissenschaft weiss um die Wertungserfordernisse als Eigenheit der Rechtserkenntnis. In neueren wissenschaftlichen Arbeiten ist denn auch namentlich umstritten, ob der Justizsyllogismus überhaupt eine *genuin juristische*, nicht bloss eine logische Operation ist. So hält BUNG fest: «Das Subsumtionsmodell steht nicht für eine verkürzte Perspektive auf den Prozess der Rechtsanwendung; es interessiert sich überhaupt nicht für die Rechtsanwendung als Prozess, sondern es steht für die Möglichkeit, die Resultate dieses Prozesses sortiert darzustellen und einen Interdependenzzusammenhang zwischen Transparenz und Kontrolle juristi-

¹⁰¹³ Vgl. Strauch, Mustererkennung, S. 348 f.

¹⁰¹⁴ Problematisch erscheint, wenn in diesem Sinne wahrheitserweiternde Erkenntnisschritte als «politische» Entscheidungen umschrieben werden; dazu unten, Kap. 4 III 2.

scher Begründungen zu stiften»¹⁰¹⁵. Wahrheitserweiternde Schlüsse sind also nicht nichtjuristisch, sondern umgekehrt: Reines Schlussfolgern ist nur ein kleiner Teil des juristischen Schliessens.

Nach der hier vertretenen Ansicht erhält der Justizsyllogismus insbesondere für die *Urteilsbegründung* spezifisches Gewicht. Er wird benötigt, um die äussere Logik der Ableitung der Rechtsfolge darzustellen. Aus der Analyse folgt aber auch, dass eine Reihe von Prämissensetzungen innerhalb der Rechtsbindung nötig ist. Dass die Normkonkretisierung in aller Regel von der Setzung von Prämissen bzw. durch den Syllogismus nicht darstellbaren wahrheitserweiternden Schritten abhängt, ist dabei kein Grund, die Wissenschaftlichkeit in Frage zu stellen. Alle Disziplinen der Wissenschaften setzen sich Prämissen¹⁰¹⁶. Massgeblich wird, ob sich diese Prämissen mit Blick auf die Rechtsbindung begründen lassen, die Regelungsidee für den Einzelfall möglichst sachgerecht zum Ausdruck bringen und sich anhand weiterer Fallkonstellationen rechtsgleich bewähren können.

Aus der Erkenntnis, dass Rechtsfindung wesensnotwendig wahrheitserweiternde Schritte enthält, folgt vor dem Auslegungsziel des Normsinns auch, dass entsprechende Schritte das Kriterium von richtig oder falsch bzw. das normativ Gesollte *mehr oder weniger adäquat* zum Ausdruck bringen können¹⁰¹⁷. Die wahrheitserweiternden Schlüsse zeigen sich für den Rechtsanwender typischerweise als Wertungserfordernisse.

Die beiden der Rechtsfindung inhärenten Elemente, nämlich die Wertungserfordernisse (nachfolgend 5.) und die hierauf reagierenden institutionellen Korrekturen, werden (nachfolgend II.) kurz skizziert. Erst mit diesem Verständnis kann das durch die Methodik der Entscheidungsfindung geprägte Judikative Recht im Staatsgefüge situiert werden.

¹⁰¹⁵ Bung, Subsumtion, S. 9. In diesem Sinne bereits Bydliniski, Methodenlehre, S. 396 f.

¹⁰¹⁶ Selbst in der Physik wird das erste Axiom Newtons als Prämisse gesetzt, die sich Jahrhunderte später vor dem Hintergrund der Einstein'schen Relativitätstheorie als letztlich unzulänglich herausgestellt hat.

¹⁰¹⁷ Genau die Diskussion hierüber ist dem Spruchkörper vorbehalten, der idealiter einstimmig oder, wenn sich Einstimmigkeit nicht erreichen lässt, mit Mehrheit entscheidet; vgl. Art. 20 und Art. 58 Abs. 1 lit. b BGG. Vgl. auch unten, Kap. 4 II 2.

5. Erschliessung der durch die Rechtsanwendung offenen Wertungen

5.1 Philosophische Parallele des Nichtwissens

Wie sich gezeigt hat, lassen sich Normen nicht einfach anwenden, sondern sind selbst Gegenstand der regelartigen Konkretisierung. Die Anwendung von Normen ist ein Prozess, der durch Vorgaben nicht vollständig bestimmt werden kann, sondern gerade von der *Interpretationsbedürftigkeit des Anwendungsfalles*¹⁰¹⁸ ausgeht¹⁰¹⁹. Die Spielräume zur Entscheidung ergeben sich aus der Notwendigkeit, «generelle Normen auf individuelle, konkrete Situationen anzuwenden»¹⁰²⁰, denn die «regelnde Voraussicht des Gesetzgebers bleibt stets und notwendig hinter der Vielfalt des Lebens zurück»¹⁰²¹. Der römische Grundsatz, wonach jede Definition im Zivilrecht gefährlich ist, gilt auch im Öffentlichen Recht. Er ist Ausdruck der Überzeugung, fast alle umfassenden Definitionen liessen keinen Raum für die Einzelfallgerechtigkeit¹⁰²². Um den Einzelfall zu bestimmen, muss der Normgehalt letztlich mit einer *kritischen Urteilskraft* erschlossen werden¹⁰²³.

Das Entscheidungsverfahren ist entsprechend geprägt von *Situativität und deren normativen Implikationen*¹⁰²⁴. Dabei ist menschliche Kognition auch mit Blick auf den Normsinn nicht standardisiert. Es liegt ausserhalb der Möglichkeit einer Auslegungslehre und auch der wahrheitserweiternden Schritte der Prämissenset-

¹⁰¹⁸ Wieland, Aporien, S. 14.

¹⁰¹⁹ Lembcke, Praxis, S. 86, 90.

¹⁰²⁰ Wieland, Aporien, S. 13.

¹⁰²¹ BSK-ZGB, Honsell, N. 11 ad Art. 1.

¹⁰²² Ebenso galt dies bereits für das Öffentliche Recht der Römer mit seinen Spielräumen für die Gestaltung des Staates; Gröschner, Technik, S. 27. Das Erfordernis zeigt sich auch im Grundsatz, dass nur die sich im konkreten Fall stellenden Fragen beurteilt werden. Wird vorauseilend mehr entschieden, so kann es einer – letztlich nie vollständig vorausdenkbaren Folgesituation – nicht gerecht werden. Vgl. auch Lembcke für das deutsche Bundesverfassungsgericht: «[J]eder Senat hält sich offen, mit welcher Methode er das verfassungsrechtliche Problem lösen möchte [...]. Das bedeutet nicht, dass sich die Methode nach dem gewünschten Ergebnis richtet; es bedeutet, dass das Gericht die Methode offen lässt» (Lembcke, Hüter der Verfassung, S. 281 mit Verweis auf Interview Nummer drei).

¹⁰²³ Vgl. ähnlich Lembcke, Praxis, S. 86. Vgl. *suum cuique* («Iustitia est constans et perpetua voluntas, ius suum cuique tribuendi», Digesten 1, 1, 10).

¹⁰²⁴ Vgl. Gröschner, Technik, S. 27.

zung, zur objektiven Erkenntnis des Rechtsinhalts zu führen¹⁰²⁵. Die dargelegten, wahrheitserweiternden, mit der Logik zu erklärenden Schritte können das normativ Gesollte adäquater oder weniger adäquat zum Ausdruck bringen, in diesem Sinne richtig oder falsch sein¹⁰²⁶. Was genau das Ideal der Konkretisierung ist, dem kann sich der Rechtsanwender in Wahrscheinlichkeitsschlüssen¹⁰²⁷ annähern; ob sie das normativ Gesollte darzustellen vermögen, bleibt offen und dem diskursiven Verfahren mit letztlichem Mehrheitsentscheid unterworfen. Die Erkenntnis-hypothesen des Entscheidungsfindungsverfahrens sind Interpretationen (Meinungen; *doxa*), die nur bis auf weiteres gelten, bis eine den Normsinn adäquatere Rekonstruktion der Norm gefunden wird. Die juristische Argumentation ist in ihrer Bedeutung für weitere Einzelfälle individuell interpretierbar und generell kritisierbar. Zwar sind die Anforderungen an ihre Uminterpretation erhöht, indessen nicht unumstösslich¹⁰²⁸.

Eine *philosophische Parallele des Nichtwissens* des SOKRATES darf dabei sowohl in der Grundfrage der Gerechtigkeit als auch in den Detailfragen des dogmatisch Richtigen gezogen werden¹⁰²⁹. In diesem Rahmen der Betrachtung der konkreten Fallkonstellation bleibt in den Räumen der Normkonkretisierung der Rückgriff auf die Eigenkompetenz zur Sinnermittlung. Letzteres formiert nicht nur die Urteils-kraft, sondern erschliesst das Normative aus dem Rückgriff auf sich selbst¹⁰³⁰.

5.2 Sinnerschliessende Funktion der Urteilskraft

Sind soeben die Entscheidungsräume dargestellt worden, so erfordert die Reflexion über die Rechtsfindung nun die Perspektive des Rechtsanwenders. Um nachzuvollziehen, wie solche Wertungserfordernisse erschlossen werden, erweist sich an dieser Stelle auch eine kurze Darstellung der Entscheidungskompetenz als wesentlich.

¹⁰²⁵ Vgl. Gächter, Rechtsmissbrauch, S. 238.

¹⁰²⁶ Die Rechtsordnung sieht daher eine Reihe von Korrekturfaktoren vor. Dazu gehört die Bindung an den Antrag, der Anspruch auf rechtliches Gehör etc. Zur Eigenkorrektur gehört auch das Wahlsystem; vgl. unten, Kap. 4 II.

¹⁰²⁷ *Enthymema*; zur Kritik am Begriff: Bung, Syllogismus, S. 216.

¹⁰²⁸ Gröschner, Rechtsdogmatik, I. E., S. 79 ff.; Gröschner, Technik, S. 62.

¹⁰²⁹ Gröschner, Technik, S. 62.

¹⁰³⁰ Vgl. im Detail Hänni, Phänomenologie; Hänni, Hermeneutik; Hänni, Gefühl am Grund der Rechtsfindung.

Juristische Entscheidungen stellen sich für die Rechtsanwender immer wieder als Entscheidungen zwischen Alternativen der Interpretation zur Konkretisierung der anwendbaren Normen dar¹⁰³¹. Die Wahl soll dann «richtig», «vernünftig» und «sachgerecht» getroffen werden¹⁰³². Solche Entscheidungserfordernisse stellen sich in der Rechtsanwendung regelmässig als Wertungserfordernisse dar, welche dem Rechtstext seinen aktuellen Sinnbezug verleihen¹⁰³³.

In vielen Fällen existieren für solche Fragen keine völlig gleich gelagerten (oder aktuellen) Präjudizien, sondern es besteht vielmehr das Erfordernis des Heranziehens oder Aufstellens Präjudizieller Erwägungen; und genau an solchen Ansatzpunkten, wo durch das Gericht die Form der Vergleichbarkeit (insbesondere der direkten oder indirekten Analogie)¹⁰³⁴ festgelegt werden muss, gewinnen Wertungsstellungennahmen als eröffnendes, mitbestimmendes Kriterium für die Urteilsbildung ihre Bedeutung¹⁰³⁵.

Diese Bezüglichkeit zeigt sich, wie oben dargelegt, z.B. (aber nicht nur) in grundrechtsrelevanten Konstellationen¹⁰³⁶ und kann anhand eines weiteren Beispiels nachvollzogen werden: Die Bundesverfassung sieht eine allgemeine Pflicht zur Leistung von Militärdienst nur für Männer vor (Art. 59 Abs. 1 BV). Für Frauen ist der Militärdienst freiwillig (Art. 59 Abs. 2 BV). Wehrpflichtige Männer, die weder Militär- noch Ersatzdienst leisten, schulden nach Art. 59 Abs. 3 BV die Ersatzabgabe¹⁰³⁷. Nach der Rechtsprechung geht Art. 59 als *lex specialis* dem Gleichstellungsgebot von Art. 8 BV vor. Mit neueren Fallkonstellationen wird zu prüfen sein, ob diese Auslegung weiterhin als sachlich gerechtfertigt gelten kann oder aber vor dem Hintergrund neuerer Erkenntnisse zum Begriff «natürlicher biologischer Unterschiede» zu relativieren ist¹⁰³⁸, ob mithin die Anwendungsprämissen im dargelegten Sinne anzupassen sind.

¹⁰³¹ Vgl. auch etwa Alexy, Grundrechte, S. 23.

¹⁰³² Meier, Diskussion, S. 57.

¹⁰³³ Vgl. Gadamer, Wahrheit, 7. A., S. 289, 291; Hänni, Hermeneutik, S. 83.

¹⁰³⁴ Vgl. zur direkten und indirekten Analogie oben, Kap. 2 III 2 2.4 d.

¹⁰³⁵ Vgl. Hänni, Hermeneutik, S. 86.

¹⁰³⁶ Vgl. etwa die Beispiele zur Rechtsgleichheit oben, Kap. 4 I 2 2.5.

¹⁰³⁷ BGer 2C_583/2015 vom 12. Februar 2016 E. 2.1.

¹⁰³⁸ (Noch) bestätigend BGer 2C_583/2015 vom 12. Februar 2016 E. 2.1. Vgl. für eine alternative – wohl langlebigere – Begründung BGer 2A.433/1990 vom 17. September 1991 (nicht publiziert), wonach der Verfassungsartikel und das Gleichstellungsgesetz

An ebendiesen Stellen, wo die Interpretation der Angemessenheit einer juristischen Entscheidung an Wertungserfordernisse stösst, zeigt sich die Relevanz von *Eigenkompetenz* für die Sinnermittlung und Konkretisierung der Norm¹⁰³⁹.

5.3 **Synthese von innerer und äusserer Verbindlichkeit**

Um den begrifflichen Inhalt einer Handlungsanweisung zu erschliessen, ist eine *kritische Beurteilungskompetenz* erforderlich¹⁰⁴⁰. Damit stellt sich auch die Frage nach Orientierungshilfen der Urteilstkraft selbst, welche eine angemessene Interpretation ermöglichen und den Entscheid mittragen¹⁰⁴¹.

Interessanterweise zeigt sich dabei, dass sich die kritische juristische Urteilstkraft auch durch *gefühlsgelenkte Erkenntnisschritte* mit definiert. Die Urteilstkraft mit Bezug auf die Wertungserfordernisse im Recht konstituiert sich oft als spontane Stellungnahme zum Einzelfall, die im Rahmen der dogmatisch vertretbaren Lösungen auch stark durch ein Gefühlsmoment bestimmt wird, das unsere Richtigkeitsintention leitet¹⁰⁴².

Diese gefühlsgelenkte Vorwertung beschränkt sich nicht auf die Entwicklung Präjudizieller Erwägungen (mit Bezug auf das obige Beispiel: etwa zur Positionierung in der Frage, ob biologische Unterschiede für die Ersatzabgabe relevant sein können) oder die Subsumtion eines einzelnen Begriffs, sondern kann sich auch hinsichtlich des Sachverhalts im Rahmen der Subordination ergeben: Bei der Rechtsanwendung erfolgt oftmals ein spontanes Erfassen der rechtlich relevanten

damals in der Absicht geschaffen wurden, die Situation für Frauen in erster Linie zu verbessern, und nicht, diesen weitere Pflichten aufzuerlegen.

¹⁰³⁹ Hänni, Hermeneutik, S. 81.

¹⁰⁴⁰ Hänni, Hermeneutik, S. 85.

¹⁰⁴¹ Zippelius, Methodenlehre, S. 71 ff.; Bihler, Rechtsgefühl, S. 19.

¹⁰⁴² Vgl. Hänni, Gefühl am Grund der Rechtsfindung, insb. S. 160 ff.; Hänni, Hermeneutik, S. 86. Dieses Gefühlsmoment wird teilweise auch explizit von der Praxis der Gerichte aufgenommen. Wird z.B. ein Anwaltshonorar so festgesetzt, dass es ausserhalb jedes vernünftigen Verhältnisses zu den geleisteten Diensten steht und dessen Höhe in krasser Weise gegen das Gerechtigkeitsgefühl verstösst, ist das Willkürverbot verletzt (Art. 9 BV; BGer 1P.624/2003 vom 1. April 2004 E. 1.1 und 1.5; BGE 122 I 1 E. 3a S. 2; 118 Ia 133 E. 2b S. 134). Die bundesgerichtliche Rechtsprechung setzt voraus, dass bekannt ist, was eine klare Verletzung des Gerechtigkeitsgedankens bedeutet. Um die staatliche Legitimität zu gewährleisten, muss das Rechtsgefühl auf eine Vorbehaltenheit zurückgreifen können, die es erst ermöglicht, zu ermessen, wie die konkrete Wertung erfolgen soll; vgl. Hänni, Hermeneutik, S. 86.

Elemente des Falles nach wertungsbezogenen Gesichtspunkten¹⁰⁴³. Eine spontane wertende Stellungnahme hinsichtlich der juristisch relevanten Elemente eines Lebenssachverhalts wird dessen schriftliche Aufnahme mitprägen und auch eine erste Stellungnahme bei der Bewertung der Vergleichsparameter von Interessenabwägungen hervorrufen¹⁰⁴⁴.

Die persönlichen Elemente der Erschliessungskompetenz zeigen auch auf, dass sich die weit verbreitete Darstellung, für den Instruktionsrichter gebe es verschiedene vertretbare Lösungen, bei der konkreten Erarbeitung des Falles regelmässig sehr stark relativiert. Der Richter setzt Prämissen der Konkretisierung; er definiert aufgrund seiner Unabhängigkeit im Rahmen der Dogmatik selbst, was unter der Norm für den Anwendungsfall zu verstehen ist¹⁰⁴⁵; er muss dies gestützt auf seine Unabhängigkeit auch selbst – eigenverantwortlich¹⁰⁴⁶ – tun. Dieser Rückgriff auf sich selbst wird oft als Rechtsgewissen (*daimonion*) umschrieben¹⁰⁴⁷ und ist für

¹⁰⁴³ Das in der Literatur umschriebene Phänomen des prärationalen Verständnisses für eine Entscheidungslage wird ersichtlich; Landweer, S. 72; Meier, Diskussion, S. 28, 114, 147; Kriele, Rechtsgefühl und Legitimität, 23 f.; Weimar, Rechtsgefühl und Ordnungsbedürfnis, S. 165; Hänni, Hermeneutik, S. 86 f. Die Relevanz des Gefühls zeigt sich im Übrigen nicht nur bei der Auslegung und Normkonkretisierung, sondern auch bei Gesetzeskorrekturen.

¹⁰⁴⁴ Ein Vorwissen für die kritische Hinterfragung des Ergebnisses ist dort unerlässlich, wo eine einschlägige Bestimmung in ihrer Anwendung auf einen konkreten Sachverhalt eine unbefriedigende, ungerechte Lösung vorsieht. Ein «ungutes Gefühl», ein Missbehagen löst die Frage nach der Gesetzeskorrektur aus. Als illustratives Beispiel in dem Fall, wo das Gesetz eine Witwenrente vorgesehen hätte für eine Frau, die ihren Mann umgebracht hatte; EVGE 1951 Nr. 44, S. 207 ff. In solchen Fällen wird gestützt auf das Rechtsmissbrauchsverbot eine Korrektur durch die richterliche Eigenwertung unerlässlich (Gesetzesberichtigung; Art. 2 Abs. 2 ZGB). In Fällen von Rechtsmissbrauch zeigt sich das Vorverständnis demnach ergebnisorientiert, und zwar dann, wenn die aus der einschlägigen Norm abzuleitenden Rechtsfolgen dem Richtigkeitsempfinden zuwiderlaufen. Dies wird deutlich bei den Fällen von Rechtsmissbrauch, bei denen eine Gesetzeskorrektur in Erwägung gezogen wird. Hänni, Rechtsphilosophie, S. 184; Gächter, Rechtsmissbrauch, S. 392 ff., 628.

¹⁰⁴⁵ Art. 191c BV; Schönberger, Rechtsfindung, S. 325. Vgl. auch Raselli, Unabhängigkeit, Rz. 5, verweisend auf Moor, Mikropolitische Theorie, S. 186: Richter haben die «Aufgabe[,] Gesetzestexte sprechen zu lassen, [ein] Monopol, dessen Ausübung lediglich durch seine Träger überwacht wird»; Raselli, a.a.O., Rz. 5.

¹⁰⁴⁶ Art. 30 und 6 BV; vgl. oben, Kap. 4 I 2 2.1 f., und SGK-BV, Mastronardi/Schindler, N. 7 ad Vorbemerkungen zu Art. 143–191c.

¹⁰⁴⁷ Raselli, Justiz-Initiative, S. 272 f.; Raselli, Was sich ändern muss, a.a.O.

die Rechtsfindung unerlässlich: Bereits im Entscheidungsfindungsprozess formt die Selbstreferenzialität das Vorverständnis zur Rechtsgewinnung¹⁰⁴⁸.

So erweisen sich Komponenten der Urteilkraft, die in einer ersten Annäherung unter dem Verdacht stehen, subjektiv-willkürlich zu sein, als *Anker und Korrektiv* für die Richtigkeitsentscheidung zur Erschliessung der Wertungen im Rahmen der Verfassung und der Dogmatik¹⁰⁴⁹. Die rational-logische juristische Urteilkraft schliesst als Komponenten der Rechtsgewinnung – auch in entscheidendsten Teilen – selbstreferenzielle gefühlsgeleitete Erkenntnisschritte in sich ein¹⁰⁵⁰.

II. Institutionelle Korrektur

1. Stabilisierung des Entscheidungsraums

Im Rahmen der Anwendung erweist sich die Rechtsordnung immer wieder als – im definierten Umfang – (beschränkt) wahrheitserweiterndes System, dessen konkreter Sinngehalt durch Auslegung, Konkretisierung zu ermitteln ist¹⁰⁵¹. In jeder Rechtsordnung ist entsprechend eine Reihe von institutionellen Kontrollmechanismen vorgesehen, um den Rechtsfindungsprozess überprüfbar zu machen¹⁰⁵². Rechtsfindung kann immer nur innerhalb des institutionellen juristischen Denkraums verstanden werden¹⁰⁵³. Strukturelle und gerichtsorganisatorische Schranken hierzu sind zum Beispiel das Kollegialsystem, der Instanzenzug sowie ein geeignetes System für die Wahl der Richterinnen und Richter¹⁰⁵⁴, die Einwirkungsmöglichkeiten der Parteien im Prozess, die Überprüfbarkeit der Urteilsbegründung im Instanzenzug bis hin zur Revision¹⁰⁵⁵.

Der institutionelle Kontext, innerhalb dessen sich die Auslegung und Konkretisierung der Entscheidung ergibt, soll im Folgenden in kurzer Form angedeutet wer-

¹⁰⁴⁸ Albers, Rechtsfindung, S. 275.

¹⁰⁴⁹ Vgl. dazu im Detail Hänni, Hermeneutik, S. 87; Hänni, Phänomenologie, S. 240.

¹⁰⁵⁰ Vgl. Hänni, Phänomenologie, S. 244 f.; Hänni, Gefühl am Grund der Rechtsfindung, S. 173 ff.

¹⁰⁵¹ Hänni, Hermeneutik, S. 87.

¹⁰⁵² Vgl. Hänni, Hermeneutik, S. 90.

¹⁰⁵³ Vgl. Strauch, Mustererkennung, S. 343.

¹⁰⁵⁴ Hänni, Hermeneutik, S. 90.

¹⁰⁵⁵ Vgl. Schönberger, Rechtsfindung, S. 302.

den¹⁰⁵⁶. Die Elemente werden den Raum der Entscheidung stabilisieren, teilweise auch merklich einschränken, zwecks Gewährleistung der Einzelfallgerechtigkeit jedoch nicht vollständig ausschliessen.

2. Elemente der Richterwahl und Abstimmungserfordernisse

Mit der Wahl der Richter, sei es durch das Volk oder das Parlament, fliessen Elemente von gesellschaftlich-politischen Haltungen und Einstellungen zu sozialen und ethischen Fragen in die Gerichte ein¹⁰⁵⁷. Bei der Anwendung der Gesetze werden gestützt auf das Vorverständnis auch neue Bedeutungen in den sozialen Regelungsrahmen eingebracht werden, beispielsweise im Staatsrecht (Anfechtbarkeit negativer Einbürgerungsentscheide¹⁰⁵⁸) oder bei Grundrechtsfragen (Dispens vom Schwimmunterricht aus religiösen Gründen¹⁰⁵⁹; Verbot des Kopftuchtragens für eine Lehrerin¹⁰⁶⁰ und eine Schülerin¹⁰⁶¹; Kruzifix in öffentlichen Räumen¹⁰⁶²). Die Beispiele sind nicht auf das Öffentliche Recht beschränkt¹⁰⁶³.

Die Richterwahl¹⁰⁶⁴ und die Abstimmungserfordernisse sind institutionelle Vorkehrungen, die dazu beitragen sollen, die Pluralität der zu erschliessenden Wertungen zu gewährleisten. Das Wahlsystem soll namentlich dafür sorgen, dass sich die gesellschaftlichen, sozialen und politischen Kräfte auch in der Zusammenset-

¹⁰⁵⁶ Für die Vertiefung ist auf die einschlägige v.a. Prozessrechtsliteratur zu verweisen vgl. etwa BSK-BGG 2018; Donzallaz, LTF.

¹⁰⁵⁷ Raselli, Justiz-Initiative, S. 271 f.

¹⁰⁵⁸ BGE 129 I 217; 129 I 232.

¹⁰⁵⁹ BGer 2C_1079/2012 vom 4. April 2013; Urteil des EGMR Nr. 29086/12 *Osmoanoğlu et Kocabaş c. Suisse* vom 10. Januar 2017; BGE 135 I 79; 119 Ia 178.

¹⁰⁶⁰ BGE 123 I 296.

¹⁰⁶¹ BGE 142 I 49.

¹⁰⁶² BGE 116 Ia 252; Urteil des EGMR Nr. 30814/06 *Lautsi et autres c. Italie* (Grosse Kammer).

¹⁰⁶³ Für die Austarierung des nachehelichen Unterhalts (Art. 125 ZGB) ist etwa bedeutsam, welchem Familien-, Männer- und Frauenbild ein Familienrichter anhängt; dazu und zu weiteren Beispielen Raselli, Unabhängigkeit, Rz. 5.

¹⁰⁶⁴ Umfassend und kritisch dazu, unter Berücksichtigung der historischen Entwicklung, Luminati/Contarini, Richterbild, S. 280 ff.

zung des Bundesgerichts widerspiegeln¹⁰⁶⁵; die Pluralität der Richterpersönlichkeiten muss auch bei der Besetzung der Richterbank hergestellt werden¹⁰⁶⁶. Die Bundesrichterinnen und Bundesrichter werden auf Vorschlag der Gerichtskommission durch die Vereinigte Bundesversammlung gewählt¹⁰⁶⁷, die Wahl folgt nach Fachkompetenz und auch nach Parteienproporz¹⁰⁶⁸.

Die Pluralität der zu erschliessenden Wertungen wird auch durch die *Spruchkörperbildung* abgesichert. Nach dem Bundesgerichtsreglement wird der Spruchkörper vom Präsidenten oder von der Präsidentin der sachlich zuständigen Abteilung¹⁰⁶⁹ gebildet¹⁰⁷⁰. Tatsächlich bestimmt der Abteilungspräsident oder die Abteilungspräsidentin den Instruktionsrichter; die Bildung des Spruchkörpers ist automatisiert. Entschieden wird in der Regel in der Besetzung mit drei Richterinnen oder Richtern (Spruchkörper)¹⁰⁷¹.

Dabei wird im Rahmen des Zirkularverfahrens (Aktenzirkulation) ein Konsens angestrebt¹⁰⁷². Erst wenn Einigkeit gefunden wurde über diese konkretisierende Auslegung, kann die zu beurteilende Rechtssache entschieden werden. Einigkeit kann sich auch aus einer – im Gesetz allerdings nicht vorgesehenen – internen Beratung ergeben. Eine öffentliche Beratung – in der dann abgestimmt wird (vgl. sog. unten)¹⁰⁷³ – erfolgt nur, wenn sich keine Einstimmigkeit¹⁰⁷⁴ ergibt oder eine Richt-

¹⁰⁶⁵ Kiener, Richterliche Unabhängigkeit, S. 271 f. Kritisch der Evaluationsbericht vom 2. Dezember 2016 (GRECO-Bericht), insb. Paragraf 99 und 101, S. 30 f.; dazu Botschaft zur Änderung des Bundesgerichtsgesetzes (BGG), BBl 2018 S. 4625 ff.

¹⁰⁶⁶ Vgl. Lembcke, Praxis, S. 100. Zur Kritik vgl. Kiener, Richterliche Unabhängigkeit, S. 273; spezifisch betreffend Wiederwahl Steinmann, Wiederwahl, S. 1 ff.; vgl. auch Raselli, Unabhängigkeit, Rz. 9 ff.

¹⁰⁶⁷ Art. 168 Abs. 1 BV.

¹⁰⁶⁸ Während die Bestellung der erstinstanzlichen Gerichte in der Mehrheit der Kantone der Volkswahl unterliegt (Volkswahl in 17 Kantonen; Parlamentswahl in 9 Kantonen), werden die Mitglieder der oberen kantonalen Gerichte in der Mehrheit der Kantone vom Parlament gewählt (Parlamentswahl in 18 Kantonen; Volkswahl in 8 Kantonen); vgl. Raselli, Unabhängigkeit, Rz. 4. Die erhobenen Zahlen betreffen das Jahr 2011.

¹⁰⁶⁹ Art. 29 ff. BGerR.

¹⁰⁷⁰ Art. 40 Abs. 1 BGerR.

¹⁰⁷¹ Art. 20 Abs. 1 BGG.

¹⁰⁷² Art. 58 Abs. 2 BGG; sog. Kollegialsystem.

¹⁰⁷³ Art. 21 Abs. 1, Art. 59 Abs. 1 BGG.

¹⁰⁷⁴ Art. 58 Abs. 1 lit. b BGG.

rin oder ein Richter dies verlangt¹⁰⁷⁵. Über Rechtsfragen von grundsätzlicher Bedeutung oder auf Antrag eines Richters oder einer Richterin entscheiden die Abteilungen in Fünferbesetzung¹⁰⁷⁶.

Kommt kein Konsens zustande, treffen die Abteilungen die Entscheide in öffentlicher Beratung mit der absoluten Mehrheit der Stimmen¹⁰⁷⁷. Die Entscheidungsfreiheit ist zudem insofern eingeschränkt, als eine Abteilung nur dann abweichend von einem früheren Entscheid anderer Abteilungen entscheiden kann, wenn die Vereinigung der betroffenen Abteilungen zustimmt¹⁰⁷⁸.

3. Instanzenzug

Funktion und Aufgabe des jeweiligen Höchstgerichts sind als Bestandteil eines institutionellen Gefüges zu begreifen, in dem etwa das Verhältnis zu Untergerichten ebenso eine Rolle spielt wie dasjenige zur Gesetzgebung¹⁰⁷⁹. Der Instanzenzug bringt zum Ausdruck, dass die gesamten institutionellen und prozessualen Bedingungen die Entscheidung mitprägen, d.h. diese unter *spezifischen institutionellen Vorbedingungen* erfolgt¹⁰⁸⁰.

Die Beurteilung der Streitsache wird durch die Sachverhaltsbindung an das durch die Vorinstanz Festgestellte erheblich eingeschränkt. Das Bundesgericht kann die Sachverhaltsfeststellung der Vorinstanz nur von Amtes wegen berichtigen oder ergänzen, wenn sie offensichtlich unrichtig ist oder auf einer Rechtsverletzung

¹⁰⁷⁵ Art. 58 Abs. 1 lit. a BGG.

¹⁰⁷⁶ Art. 20 Abs. 2 BGG.

¹⁰⁷⁷ Art. 21 Abs. 1 BGG.

¹⁰⁷⁸ Art. 23 Abs. 1 BGG. Diesem Entscheidprozess kann paradoxerweise der dogmatische Tiefgang fehlen. Dies liegt namentlich im Umstand begründet, dass die Fachkompetenz bei der spezialisierten Abteilung liegt. Andere Abteilungen, die nur am Rande betroffen sind, können sich aber beteiligen, ohne dass sie sich über Jahre vertieft mit der Materie hätten befassen können; so z.B. in strittigen Fragen zur Auslegung von Staatsverträgen.

¹⁰⁷⁹ Vgl. Schönberger, Rechtsfindung, S. 331. Vgl. hierzu im Detail unten, Kap. 4 III 1.

¹⁰⁸⁰ In diesem Sinne ist «das Urteil im Gegensatz zu einer rechtswissenschaftlichen Theorie keine blosse unverbindliche Aussage über die Rechtslage. Es ist ein vom zuständigen staatlichen Organ aufgestellter Sollenssatz, der einem Tatbestand mit hoheitlicher Wirkung eine Rechtsfolge zuordnet»; Ohly, Generalklausel, S. 28.

beruht¹⁰⁸¹. Eine Rechtsverletzung im Sinne von Art. 105 Abs. 1 BGG liegt bei Verstößen gegen wesentliche Verfahrensvorschriften vor, etwa bei Feststellung eines Sachverhalts unter Verletzung des Anspruchs auf rechtliches Gehör (Art. 29 Abs. 2 BV)¹⁰⁸². Offensichtliche Unrichtigkeit ist dabei eine klare, mit plausibler Erklärung nicht zu beseitigende Mangelhaftigkeit (objektive Unrichtigkeit)¹⁰⁸³.

Auf den Ausgang des Verfahrens hat dementsprechend massgebliches Gewicht, welche Sachverhaltsfeststellungen die Vorinstanz getroffen hat. Ob beispielsweise ein nachehlicher Härtefall im Sinne von Art. 50 Abs. 1 lit. b AIG vorliegt, hängt – bei klarer Praxis bzw. klar kommunizierten Präjudizieller Erwägungen – massgeblich von den Feststellungen in tatsächlicher Hinsicht der Vorinstanz und mithin auch von dem Wissen um die Mitwirkungs- bzw. Dokumentationspflicht der Parteien ab¹⁰⁸⁴. Höchstgerichtliche Rechtsprechung ist insofern durch *Aufgaben, Organisation und Verfahren* geprägte Entscheidungsfindung¹⁰⁸⁵. Die Entscheidung und Kohärenz der Begründung sind in diesem Sinn mit abhängig von der Organisation der Justiz¹⁰⁸⁶.

Durch den Instanzenzug erreicht das Höchstgericht zudem eine gewisse Breite von Anschauungsmaterial¹⁰⁸⁷, mit dem es sich für die Konkretisierung der Norm auseinandersetzt. Die Entscheidungsfindung vollzieht sich also im Rahmen eines *arbeitsteiligen Justizgefüges*¹⁰⁸⁸. Dieses umschliesst auch die verbundenen Gerichte wie den EGMR, der etwa im Bereich von Art. 8 EMRK zum Recht auf Privat- und

¹⁰⁸¹ Art. 97 Abs. 1 i.V.m. Art. 95 BGG.

¹⁰⁸² BGE 99 V 60; BGer 9C_136/2009 vom 10. August 2009 E. 2.5; 1C_92/2008 vom 16. Dezember 2008 E. 3.6.

¹⁰⁸³ Darunter fallen etwa aktenwidrige Tatsachenfeststellungen; BGer 9C_44/2008 vom 15. April 2008 E. 4; 5P.119/2000 vom 24. Juli 2000 E. 4, nicht publ. in BGE 126 III 431; BSK-BGG 2018, Dormann, N. 57 ad Art. 105. In der Praxis des Bundesgerichts wird dieser Begriff mit dem Begriff der Willkür gleichgesetzt, vgl. BGE 135 II 145 E. 8.1 S. 153; 135 III 127 E. 1.5 S. 129; differenzierend BSK-BGG, Meyer/Dormann, vgl. N. 56 ad Art. 105; BSK-BGG 2018, Dormann, N. 56 f. ad Art. 105.

¹⁰⁸⁴ Berichte von Notfallstationen, Frauenhäusern etc.

¹⁰⁸⁵ Albers, Rechtsfindung, S. 293.

¹⁰⁸⁶ Strauch, Mustererkennung, S. 343.

¹⁰⁸⁷ Schönberger, Rechtsfindung, S. 313; Eckhoff, Rechtschöpfungsfunktion, S. 394.

¹⁰⁸⁸ Vgl. Schönberger, Rechtsfindung, S. 313.

Familienleben die praktizierten Standards der Mitgliedstaaten in verschiedenen Entscheidungskonstellationen konsolidiert¹⁰⁸⁹.

4. Öffentlichkeit und Repräsentation

Der Entscheidungsprozess ist zunächst ein Denk- und Beratungsprozess von wenigen. Mit dem Entwurf des Instruktionsrichters und der Zustimmung des Spruchkörpers schliesst die Entscheidung andere Sichtweisen aus – bringt also oft ein nicht allgemein Teilbares zum Ausdruck¹⁰⁹⁰. Gefordert ist insofern eine Entscheidung des Spruchkörpers im eigentlichen Sinne für den Fall. Das darf nicht darüber hinwegtäuschen, dass sich die Rechtsprechung stets an den lebensweltlichen Gegebenheiten und insbesondere sozialen Entwicklungen orientiert. Paradigmenwechsel und neue Leitentscheidungen finden ihren Grund oft auch darin, dass bisherige Wirklichkeitsvorstellungen und Wirklichkeitsmodelle nicht mehr akzeptiert und durch zeitgemässe ersetzt werden¹⁰⁹¹. Die Normarbeit gewinnt an dieser Schnittstelle ihre Verankerung in den gesellschaftlichen Realitätsbezügen. Angesichts der *hohen Dynamik des sozialen und politischen Lebens* erfolgt namentlich in einem verfassungsrechtlich geprägten Entscheidungsprozess auch ein Vergewissern der Bedeutung von Verfassungsprinzipien. (Auch) die Prüfung einer Anpassung der Rechtspraxis an von der gesellschaftlich-sozialen Entwicklung veränderte tatsächliche Verhältnisse und Wertvorstellungen zur Verwirklichung des Normsinns ist Aufgabe des Gerichts¹⁰⁹².

Das gesellschaftliche Vorverständnis findet im System der direkten Demokratie sodann oftmals auf der Verfassungsebene seinen expliziten Ausdruck. Ein Beispiel hierfür ist die Ausschaffungsinitiative, die als Art. 121 BV Eingang in die Verfassung gefunden hat. Die Wertung in der Verfassung veranlasste das Bundesgericht, im Rahmen der Verhältnismässigkeitsprüfung die zu jenem Zeitpunkt noch nicht in das Gesetzesrecht umgesetzten Normen bei der Gewichtung der In-

¹⁰⁸⁹ Zünd, Beendigung, S. 236; oben, Kap. 3 VI 5 5.2.

¹⁰⁹⁰ Lembcke, Praxis, S. 104.

¹⁰⁹¹ Strauch, Methodenlehre, S. 160.

¹⁰⁹² Vgl. Biaggini, Verfassung und Richterrecht, S. 266 f. Dies allerdings im Rahmen von Art. 30 BV, d.h., ohne die von vorherrschenden Meinungen unabhängige Prüfung der Rechtssache einzuschränken; vgl. oben, Kap. 4 I 2 2.1.

teressen zu berücksichtigen¹⁰⁹³. Dem Gericht kommt dabei auch die schwierige Aufgabe zu, die demokratischen Korrekture im Rahmen der Schutzwirkung anderer Normen, namentlich der Grundrechte, zu berücksichtigen; sie haben die Einheit der Verfassung (als Idee) im jeweiligen Fall zu erfassen und deren Bedeutung in der Entscheidung wiederzugeben¹⁰⁹⁴.

Die Entscheidung mündet in eine begründete Entscheidungsdarstellung, die als Entscheidungstext *Anfang von Deutungs- und Rezeptionsprozessen* in anderweitigen Kontexten, etwa in anderen Gerichtsverfahren, in Gesetzgebung¹⁰⁹⁵ und Politik und schliesslich auch in der Wissenschaft ist¹⁰⁹⁶. Dem wissenschaftlichen Rezeptionsprozess kommt weder das Gewicht gesetzgeberischer Änderungen zu, noch entfaltet er eine mit Präjudizien vergleichbare Wirkung¹⁰⁹⁷. Dennoch bildet die wissenschaftliche Auseinandersetzung mit Urteilen einen wichtigen Teil des Reflexionsprozesses für einzelne Urteile oder die Praxis. Die Rezeption wissenschaftlicher Schriften ist vereinzelt auch im Rahmen der Praxis explizit vorgesehen¹⁰⁹⁸. Die Kritik in der Dogmatik ist oft Anstoss, die Praxis zu präzisieren.

5. Prozessmaximen und Verfahrensrechte

Die Stabilisierung der Entscheidungsfindung wird aus institutioneller Sicht weiter im Verfahren selbst verankert¹⁰⁹⁹, namentlich mit Prozessmaximen und Verfahrensrechten.

¹⁰⁹³ Vgl. BGE 139 I 16 E. 5.3; BGE 139 I 31 E. 2.3.2; BGer 2C_864/2017 vom 15. Juni 2018 E. 3; 2C_532/2017 vom 26. März 2018 E. 2.1.

¹⁰⁹⁴ Vgl. Lembcke, Praxis, S. 103.

¹⁰⁹⁵ Dazu unten, Kap. 4 III 1.

¹⁰⁹⁶ Albers, Rechtsfindung, S. 293.

¹⁰⁹⁷ Noch wesentlich weniger dürfte dies beim amerikanischen Supreme Court der Fall sein, bei dessen Urteilen selten akademische Literatur zitiert wird; vgl. für ein Gegenbeispiel *Bowers v. Hardwick*, 478 U.S. 186 (1986), p. 211.

¹⁰⁹⁸ So etwa bei der Rechtsfrage von grundsätzlicher Bedeutung oder des anderweitig besonders bedeutsamen Falls im Sinne von Art. 74 und 85 BGG; vgl. BGE 135 III 1 E. 1.3 S. 4; 134 III 354 E. 1.3 S. 356 f.

¹⁰⁹⁹ Vgl. Schönberger, Rechtsfindung, S. 302.

Der Entscheidungsraum des Gerichts ist zunächst durch die *Antragsbindung* wesentlich eingeschränkt¹¹⁰⁰; Art. 107 BGG bindet das Bundesgericht an (zulässige¹¹⁰¹) Anträge der Parteien¹¹⁰². Das Gericht hat gestützt auf die Anträge das Rechtsbegehren zu ermitteln und – im Lichte der Beschwerdebegründung – auszulegen¹¹⁰³. Es steht dem Gericht nicht zu, über den Antrag hinaus zu entscheiden, dies würde sogar einen Revisionsgrund für das bundesgerichtliche Urteil darstellen¹¹⁰⁴. Das angefochtene Urteil und die Anträge definieren so die Streitsache.

Neben den Ausnahmebestimmungen im Rahmen von Art. 83 BGG wird der Raum der Rechtsanwendung auch durch das *Rügeprinzip* eingeschränkt. Das Bundesgericht wendet das Recht von Amtes wegen an (Art. 106 Abs. 1 BGG). Durchbrochen wird dieser Grundsatz in Art. 106 Abs. 2 BGG; die Rechtsanwendung von Amtes wegen gilt nicht bei Grundrechten und kantonalem Recht. Das Bundesgericht kann diese Art von Rechtsverletzung nur prüfen, soweit eine solche Rüge in der Beschwerde vorgebracht und begründet worden ist¹¹⁰⁵. Spezifisch im Bereich der Grundrechte sind die Anforderungen an die Beschwerde also erhöht und die Möglichkeit des Bundesgerichts, entsprechende Rügen zu prüfen, ist – mit oftmals nachteiligen Auswirkungen auf die Grundrechtsverwirklichung¹¹⁰⁶ – beschränkt.

Wird die Beschwerde materiell behandelt, so differiert der Umfang der Prüfungsbefugnis. Die *Kognition* des Gerichts ist sodann in verschiedenen Fallkonstellationen durch Gesetz oder die Praxis eingeschränkt. Als Beispiel ist die Einschränkung der Kognition als Ausdruck des Föderalismus bei der Überprüfung von kan-

¹¹⁰⁰ Art. 107 Abs. 1 BGG; Art. 121 lit. b und c BGG. Demgegenüber prüft das Bundesgericht die Prozessvoraussetzungen von Amtes wegen, unabhängig der Parteianträge, Art. 29 Abs. 1 BGG; BGE 135 III 1 E. 1.1 S. 3; 134 III 520 E. 1 S. 521; 133 III 645 E. 2 S. 647.

¹¹⁰¹ Vgl. insb. Art. 99 BGG.

¹¹⁰² Zu spezialgesetzlichen Abweichungen vgl. BGE 112 Ib 576 E. 3 S. 585 f. Die Antragsbindung lässt dem Bundesgericht die Möglichkeit unbenommen, die Sache reformatorisch zu entscheiden oder sie kassatorisch zu neuer Beurteilung an die Vorinstanz zurückzuweisen; Art. 107 Abs. 2 BGG.

¹¹⁰³ BGer 4A_330/2008 vom 27. Januar 2010 E. 2.1, nicht publ. in BGE 136 III 102; BSK-BGG 2018, Dormann, N. 7 ad Art. 107.

¹¹⁰⁴ Art. 121 lit. b BGG.

¹¹⁰⁵ BGE 142 I 99 E. 1.7.2 S. 106; 142 II 369 E. 2.1 S. 372; BSK-BGG 2018, Dormann, N. 15 ad Art. 106.

¹¹⁰⁶ Zur Kritik vgl. J. P. Müller, Freiheit, S. 156 ff.

tonalem Recht zu nennen¹¹⁰⁷. Bei der Auslegung von kantonalem Recht kann etwa das Verhältnismässigkeitsprinzip als Grundsatz rechtsstaatlichen Handelns auch ausserhalb von Grundrechtsbeeinträchtigungen geltend gemacht werden; das Bundesgericht greift jedoch nur ein, wenn das Gebot der Verhältnismässigkeit offensichtlich missachtet worden ist und damit zugleich ein Verstoss gegen das Willkürverbot vorliegt¹¹⁰⁸. Auch wenn dem Gericht volle Kognition in Rechts- und Tatsachenfragen zukommt, ist sodann nicht ausgeschlossen, dass das den Entscheid überprüfende Gericht in Bereichen des Sachverständigenermessens seine Kognition praxisgemäss zurücknimmt¹¹⁰⁹.

Ausdruck der Stabilisierung des Verfahrens ist schliesslich auch das *prozessuale Verfassungsrecht*, namentlich der Anspruch auf rechtliches Gehör (Art. 29 Abs. 2 BV). Nach einem Urprinzip der Gerechtigkeit ist es das Recht der Beteiligten, zu ihrem Fall gehört zu werden und entsprechend ihre Sichtweise der Geschehnisse darzulegen¹¹¹⁰. Das Gericht hat diese umfassend zu würdigen. Urteile sind also institutionell nicht frei, sondern immer auch von den Verfahrensbeteiligten wesentlich mitgeprägt. Was entschieden wird, hängt von der institutionellen Vorgeschichte, insbesondere aber auch von den Vorbringen der Parteien vor den Vorinstanzen in sachverhaltlicher Hinsicht ab¹¹¹¹.

¹¹⁰⁷ Art. 95 lit. c und d BGG *e contrario*.

¹¹⁰⁸ BGE 143 I 37 E. 7.5 S. 45 f.; 141 I 1 E. 5.3.2 S. 7 f.; 139 II 7 E. 7.3 S. 27 f.; 134 I 153 E. 4 S. 156 ff.; BGer 2C_1096/2016 vom 18. Mai 2018 E. 1.3.2.

¹¹⁰⁹ BGE 139 I 72 E. 4.5 S. 82 f.; 135 II 384 E. 2.2 S. 389 f.; BSK-ZPO 2017, Karlen/Hänni, N. 21a ad Art. 29 BV. Eine unzulässige Kognitionsbeschränkung verletzt demgegenüber Art. 29 Abs. 1 BV und meist auch den Anspruch auf rechtliches Gehör und die Rechtsweggarantie von Art. 29a BV; vgl. dazu, BSK-ZPO 2017, Karlen/Hänni, N. 21a ad Art. 29 BV.

¹¹¹⁰ Art. 29 Abs. 2 BV; Gröschner, Rechtsdogmatik, S. 61 ff.

¹¹¹¹ Vgl. zur Tragweite der vorinstanzlichen Erwägungen hiervor Kap. 4 II 3. Vgl. BGer 2C_807/2015 vom 18. Oktober 2016 E. 2.1.2: Ein Kindergartenkonzept wurde von einem in der Sache befassten Mitarbeiter mit umgangssprachlich-abwertenden psychiatrischen Fachausdrücken versehen. Obwohl das Vorkommnis geeignet war, ein faires und gerechtes Behördenverfahren in Frage zu stellen (Art. 29 Abs. 1 BV), konnte dies mangels umgehender Geltendmachung vor der Vorinstanz nicht mehr erfolgreich gerügt werden. Vgl. für eine kurze Untersuchung der Begründungsansätze der Verwaltungsrechts- und Grundrechtsdogmatik am Beispiel des öffentlichen Raums etwa Louis/Schindler, Verwaltungsrecht und Grundrechte, S. 796 ff.

III. Auswirkungen auf das institutionelle Gleichgewicht

1. Komplementäres Zusammenwirken

In einem institutionellen, die Entscheidungsmöglichkeiten stabilisierenden Rahmen leistet die Judikative ihren Beitrag zur Auslegung und Konkretisierung des Rechts¹¹¹². Wie stellt sich unter Berücksichtigung der Funktion der Normkonkretisierung der Gerichte das Verhältnis zwischen Streitschlichtung und gesetzgeberischer Normbildung dar?

Die «klassische Gewaltenteilungslehre» unterscheidet die drei Staatsfunktionen «Rechtsetzung», «Vollzug» und «Rechtsprechung»¹¹¹³. Während die subjektive (personelle) Gewaltenteilung verwirklicht ist¹¹¹⁴, ist bereits die organisatorische Gewaltentrennung in der Verfassung an verschiedenen Stellen durchbrochen¹¹¹⁵. Hinsichtlich der funktionalen Gewaltenteilung ist zunächst anzumerken, dass keine der drei Gewalten auf die ihr zugedachte Funktion beschränkt ist. Auch im Verhältnis der Legislative zur Judikative ist dies genauer zu differenzieren: Zwar ist die Bundesversammlung in erster Linie für die Gesetzgebung zuständig, sie besitzt aber kein Rechtsetzungsmonopol, sondern ein *Vorrecht zur Rechtsetzung*¹¹¹⁶.

Nach Art. 164 BV sind alle wichtigen rechtsetzenden Bestimmungen in der Form des Bundesgesetzes zu erlassen; diese Erlassform ist dem Parlament vorbehalten.

¹¹¹² Vgl. für die Rechtsfortbildung Payandeh, Rechtserzeugung, S. 499.

¹¹¹³ Belser/Waldmann/Wiederkehr, Staatsorganisationsrecht, S. 204; Häfelin/Haller/Keller/Thurnherr, Schweizerisches Bundesstaatsrecht, Rz. 1405.

¹¹¹⁴ Art. 144 Abs. 1 BV; die Mitglieder des Nationalrates, des Ständerates, des Bundesrates sowie die Richterinnen und Richter des Bundesgerichts können nicht gleichzeitig einer anderen dieser Behörden angehören.

¹¹¹⁵ Die Regierung und die Verwaltung beteiligen sich an der Rechtsetzungsfunktion, indem sie bei der Vorbereitung der Gesetze mitwirken und diese durch Verordnungen umsetzen. Das Parlament kann neben der Rechtsetzung auch Exekutiv- und Judikativfunktionen (z.B. überprüfen der Vereinbarkeit einer Volksinitiative mit der Verfassung) wahrnehmen und schliesslich können die Gerichte rechtsetzende Bestimmungen erlassen; vgl. hierzu im Detail etwa Mahon, Principe, § 65 N. 11; Belser/Waldmann/Wiederkehr, Staatsorganisationsrecht, S. 206 f.

¹¹¹⁶ Biaggini, Gewaltenteilung, § 17 N. 17.

ten¹¹¹⁷. Umgekehrt ist das Bundesgericht gestützt auf die Zuständigkeitsordnung regelmässig verpflichtet, einen Einzelfall zu entscheiden, auch wenn der Bundes- (oder kantonale) Gesetzgeber von seinen Kompetenzen keinen Gebrauch gemacht hat; es hat dann Regeln zu bilden¹¹¹⁸.

Die Gewaltenteilung ist also nicht bloss durch die Abgrenzung von Zuständigkeiten zu ermitteln. Insbesondere muss sie auch verfassungsrechtliche Vorgaben zum Verhältnis der Rechtsanwender zu den Normen einbeziehen. Mit Blick auf die hier interessierende Rechtsfindung zeigen sich Parallelen zwischen Gesetzgebung und Rechtsprechung. Als wesentliches Überschneidungsmerkmal erweist sich als normbildungsähnlicher Prozess die regelartige Konkretisierung der Norm. Zwar hat der Rechtsanwender das durch die Gesetzgebung Vorentschiedene zu respektieren; es bildet die Grenzen der Anwendung des Rechts¹¹¹⁹. Das Gericht setzt aber selbst regelhafte Prämissen der Konkretisierung; es definiert aufgrund seiner Unabhängigkeit zudem selbst, was unter der Norm für den Anwendungsfall zu verstehen ist¹¹²⁰. Anstelle einer Dichotomie zwischen Normgenese durch den Gesetzgeber und Anwendung derselben durch den Rechtsanwender ist demnach von der *regelartigen Normkonkretisierung* durch den Rechtsanwender die Rede. Der Rechtsanwender muss für den für den Gesetzgeber regelmässig nicht im Detail vorhersehbaren Einzelfall den Sinngehalt der Norm mit Wertungen innerhalb des Normrahmens verallgemeinerbar erschliessen¹¹²¹. Die Rechtsbindung ist, wie dargestellt, im grössten Teil verfassungsrechtlich strukturierte Konkretisierung der Norm für die Anwendung.

Ein Rechtsanwender ist insoweit an einem arbeitsteiligen Prozess der Rechtsverwirklichung beteiligt, wobei er den *tatsächlichen Rechtsschutz für den Einzelfall gewährt*¹¹²². Der Einzelfallbezug begrenzt dabei einerseits die Kompetenz der

¹¹¹⁷ Rhinow/Schefer/Uebersax, Verfassungsrecht, N. 2274.

¹¹¹⁸ Art. 1 Abs. 2 ZGB; Biaggini, Verfassung und Richterrecht, S. 246.

¹¹¹⁹ Vgl. oben, Kap. 2 II 1.

¹¹²⁰ Schönberger, Rechtsfindung, S. 325. Vgl. auch Raselli, Unabhängigkeit, Rz. 5, verweisend auf Moor, Mikropolitische Theorie, S. 186: Richter haben die «Aufgabe[,] Gesetzestexte sprechen zu lassen, [ein] Monopol, dessen Ausübung lediglich durch seine Träger überwacht wird»; Raselli, a.a.O., Rz. 5, und oben, Kap. 4 I 5.

¹¹²¹ Vgl. oben, Kap. 3 I 3 3.1.

¹¹²² Vgl. Rhinow, Methodik, S. 134, 183 (zu den selbstständigen Entscheidungsanteilen des Rechtsanwenders und zur Rechtsanwendungsmethodik als Verfahren normgebundener Normerzeugung).

Dritten Gewalt zu Rechtserzeugung¹¹²³; andererseits setzt er voraus, dass die Judikative die Normwirkungen im zu beurteilenden Einzelfall wiederholbar konkretisiert und dabei auch die *Anwendungserfahrung* des Rechts in die Normativitätsproduktion einbringt¹¹²⁴. Die Problemsicht der Richterinnen und Richter mag dabei enger sein als die der Gesetzgebung, sie ist jedoch durch die Konfrontation mit dem konkreten Lebenssachverhalt und in Erschliessung der Norm für die konkreten Anwendungsfälle *zugleich tiefer*¹¹²⁵. Der Einzelfallbezug macht denn auch den Mehrwert gerichtlicher Normkonkretisierung im Vergleich zu generell-abstrakten gesetzgeberischen Regelungen aus: Eine relative Unbestimmtheit von Gesetzesnormen ist regelmässig notwendig, damit auf der Stufe der Verwirklichung gebotene Individualisierung der Normwirkung möglich wird¹¹²⁶. Definiert wird eine vor dem Hintergrund des Einzelfalls *zweckgeberische Gestaltung der Rechtskonkretisierung*, die verfassungsrechtlich normiert ist. Durch komplementäres Zusammenwirken mit der ersten Gewalt trägt die Anwendung dazu bei, dass sich die Normativität des Rechts im konkreten Einzelfall entfalten kann¹¹²⁷.

Offenkundig wird damit der Beitrag der dritten Gewalt zur Gestaltung des Rechts¹¹²⁸. Die aus ihr entstehende eigenständige, zwischen Gesetz und Einzelfallentscheidung anzusiedelnde Form des Rechts kann als *Judikatives Recht* umschrieben werden¹¹²⁹. Das Judikative Recht umfasst einerseits die Normkonkretisierungen bei der Erstauslegung¹¹³⁰, d.h. die regelartig entwickelten *Abstraktionen* des Normsinns, die später in Form von Präjudiziellen Erwägungen herangezogen

¹¹²³ Vgl. die zuvor genannten institutionellen Korrekturmechanismen wie Bindung an den Antrag, Instanzenzug etc.; oben, Kap. 4 II.

¹¹²⁴ Vgl. Payandeh, Rechtserzeugung, S. 499.

¹¹²⁵ Vgl. Schönberger, Rechtsfindung, S. 312; vgl. Biaggini, Verfassung und Richterrecht, S. 394.

¹¹²⁶ Vgl. J. P. Müller, Anforderungen, S. 180; Steinmann, Unbestimmtheit, S. 243.

¹¹²⁷ Vgl. Payandeh, Rechtserzeugung, S. 491; nach der hier vertretenen Ansicht erstreckt sich die über den Einzelfall hinausgehende Wirkung eines Urteils allerdings nicht nur auf den Begriff des Präjudizes i.e.S.

¹¹²⁸ Vgl. zum Begriff der Rechtserzeugung Payandeh, Rechtserzeugung, S. 494.

¹¹²⁹ Oben, Kap. 1 II 1. Vgl. zur Kritik am Begriff des Richterrechts Biaggini, Verfassung und Richterrecht, S. 50 ff.; Judikatives Recht wird in der neueren deutschen Literatur auch als *Rechtsprechungsrecht* umschrieben; Albers, Rechtsfindung, S. 266, 286 ff.

¹¹³⁰ Vgl. oben, Kap. 3 I 3 3.3.

werden¹¹³¹. Erschliessung und Konkretisierung der Norm im Rahmen der Rechtsfindung ist somit auch ein weiter gefasster Begriff als richterliche Rechtsfortbildung im engen Sinne, die sich auf die Sonderfälle richterlicher Lückenfüllung bzw. Gesetzeskorrektur beschränkt¹¹³². Rechtsprechungsrecht stellt neben den geschriebenen Gesetzen das Hauptmaterial dar, das Gerichte und Wissenschaft berücksichtigen und verarbeiten¹¹³³. Der Beitrag der Judikative zur Auslegung, Konkretisierung und Fortbildung des Rechts lässt sich als *eigenständige Funktion* der Dritten Gewalt begreifen¹¹³⁴.

2. Abgrenzung zur politischen Wertung

Aus der eigenständigen verfassungsmässigen Rechtsentwicklung der Gerichte ergibt sich auch die Abgrenzung zur politischen Wertung. In einer idealtypischen Gegenüberstellung handelt die Gesetzgebung verallgemeinernd, zukunftsbezogen und offen, die Justiz hingegen individualisierend, vergangenheitsbezogen und determiniert. Verbreitet ist das Gegensatzpaar von Rechtsetzung und (im engsten Sinne verstandener) Rechtsanwendung. Die Dritte Gewalt soll nur mit einer in einem engsten Wortsinne verstandenen Rechtsanwendung zu tun haben. Rechtsetzung betreiben die Gerichte nach traditioneller und bis heute verbreiteter Lesart gerade nicht¹¹³⁵.

Eine derartige typisierende Kontrastierung kann die Funktion der Gerichte aber nicht erfassen¹¹³⁶. In höchstgerichtlichen Urteilen tritt besonders im Rahmen der Setzung von regelartigen Anwendungsprämissen¹¹³⁷ und der Präjudizienbildung¹¹³⁸

¹¹³¹ Insofern ist der von Payandeh verwendete Begriff der judikativen Rechtserzeugung im Sinne der Gleichsetzung mit Präjudizien mit Blick auf die Methodik der Rechtsanwendung nach der hier vertretenen Ansicht terminologisch (zu) weit gefasst; vgl. dazu auch Biaggini, Verfassung und Richterrecht, S. 50 ff., 53, m. H.; a.M. Payandeh, S. 494, passim.

¹¹³² Art. 1 Abs. 2 ZGB. Vgl. für Deutschland Payandeh, Rechtserzeugung, S. 494. Vgl. zu einer weiteren Begriffsbestimmung Biaggini, Verfassung und Richterrecht, S. 57 ff.

¹¹³³ Vgl. Schönberger, Rechtsfindung, S. 316.

¹¹³⁴ Vgl. Payandeh, Rechtserzeugung, S. 494.

¹¹³⁵ Schönberger, Rechtsfindung, S. 299.

¹¹³⁶ Möllers, Gewaltengliederung, S. 136 ff.; Schönberger, Rechtsfindung, S. 307.

¹¹³⁷ Oben, Kap. 3 I 3 3.2.

¹¹³⁸ Oben, Kap. 3 I 4 4.2.

nicht selten die Dimension verallgemeinernder, zukunftsbezogener Rechtsgestaltung und deren Erkenntnisschritte in den Vordergrund¹¹³⁹.

Es obliegt dem Gericht insbesondere, die Rechtsordnung auf den Einzelfall zu beziehen und dabei abstrakte und rechtsgleich anwendbare Regeln zu entwickeln. Entsprechende Erkenntnisschritte sind, wie sich gezeigt hat, auch mit gewissen Wertungserfordernissen untrennbar verbunden. Die Erfordernisse sind an verschiedenen Beispielen aufgezeigt worden: Wenn ein Gericht etwa über die Zulässigkeit des Tragens von religiösen Insignien im Unterricht zu befinden hat, so wird es die von der Verfassung geforderte «Verhältnismässigkeit» für die Einschränkung des Grundrechts mit Wertungen erschliessen. Die Wertungen sind beeinflusst von den ethisch-sozialen Grundeinstellungen der Richterinnen und Richter – diese können je nach Persönlichkeit unterschiedlich sein – und diese Wertungen haben notwendig politische Implikationen. Allerdings werden Wertungen innerhalb der Dogmatik geradezu vorausgesetzt: Auf die Kompetenz des Rechtsanwenders, die *Sachgerechtigkeit im Anwendungsfall* zu erschliessen, stützt sich die Rechtsordnung ab.

So sind gewisse Wertungen nicht nur typisch für den Bereich der Verfassungsgrundsätze und der Interessenabwägungen, sie sind auch erforderlich bei Erlassen, die Ermessen vorsehen, und ebenso, wenn verschiedene Normen gleichzeitig zur Anwendung kommen. Die Beispiele liessen sich fast beliebig ergänzen und sind nicht auf das Öffentliche Recht beschränkt. Wertungen durch Rechtsanwender können demnach nicht pauschal als angeblich unzulässige «dem Gesetzgeber vorbehaltene Tätigkeit» bezeichnet werden; vielmehr sind sie Ausdruck der Eigenständigkeit der Rechtsprechung. Das institutionelle System kennt denn auch diese Eigenheit des Rechts und hegt sie ein: Durch das Wahlsystem der Richterinnen und Richter gemäss Parteienproporz sollen politisch relevante Wertungen dem weltanschaulichen Spektrum der Bevölkerung entsprechen, und bei umstrittenen Fragen werden Urteile im Kollegialsystem in der Regel durch Mehrheitsentscheide gefällt.

Es zeichnet sich insgesamt folgendes Bild ab: Erstens erfolgt durch die gerichtlichen Abstraktionen in Form der Entwicklung des Judikativen Rechts eine für die Rechtsanwendung wichtige und durch die Verfassung wesentlich geprägte Strukturierung des Rechtsgewinnungsprozesses, die für die Anwendung des Rechts unumgänglichen wahrheitserweiternden Schritte in sich enthält. Zweitens wird deutlich, dass die eigenständige Funktion der Judikative zur Stärkung demokratischer

¹¹³⁹ Vgl. Schönberger, Rechtsfindung, S. 307.

Legitimationszusammenhänge beiträgt: Indem sie die Konkretisierung des Rechts entwickelt, schafft sie die Grundvoraussetzungen dafür, dass gesetzgeberische Gestaltungsentscheidungen in der von der Gesetzgebung beabsichtigten Weise in der rechtlichen Praxis im konkreten Einzelfall Beachtung finden¹¹⁴⁰. Insofern trägt die Judikative dazu bei, den demokratischen Legitimationszusammenhang zwischen abstrakt-genereller Gestaltung durch die Gesetzgebung und konkret-individueller Entscheidung im Einzelfall zu konsolidieren¹¹⁴¹. Rechtsfindung ist dabei drittens insbesondere mit Blick auf die Rechtsbindung legitimationsbedürftig. Nach der Untersuchung sind Wertungen als solche nicht schon als «politisch» zu qualifizieren. Die Grenze zur «politischen Entscheidung» ist jedoch dort zu ziehen, wo Wertungen die sachgerechte Erschliessung der Regelungsidee und stabile verfassungsrechtliche Folgerungsbeziehungen missachten und daher innerhalb der Dogmatik der Rechtsanwendung nicht mehr vertretbar sind¹¹⁴².

3. Gleichgewicht der institutionellen Handlungen

Erst vor diesem Hintergrund und wenn die Funktionsweise des Rechts mit den unvermeidlich wahrheitserweiternden Schlüssen (und damit untrennbar verbundenen Wertungserfordernissen) bedacht wird, lässt sich demnach die Frage erörtern, wo die Kompetenz der Richterin oder des Richters aufhört. Und erst dann erweist sich die Diskussion, wo die Linie der Gewaltenteilung vor der geltenden Verfassungsordnung richtigerweise zu ziehen ist, als konstruktiv.

Dabei geht hervor, dass der Raum der Rechtsanwendung nicht aus dem Begriff der Gewaltenteilung allein hergeleitet werden kann; der Abgrenzungswert des Begriffs selbst ist beschränkt¹¹⁴³. Der Raum der Rechtsanwendung muss sich aus der Verfassung selbst ergeben, aus Zuständigkeiten und Funktion¹¹⁴⁴, namentlich aber auch aus der spezifischen, über eine hohe Fallvarianz rechtsgleichen Streiterledigungsfunktion des Gerichts. Verfassungsnormen erfordern Konkretisierungen sowohl durch die Gesetzgebung als auch in der hier umschriebenen Weise durch die Gerichte.

¹¹⁴⁰ Vgl. Payandeh, Rechtserzeugung, S. 500.

¹¹⁴¹ Payandeh, Rechtserzeugung, S. 492.

¹¹⁴² Vgl. etwa für ein Beispiel eines im Rahmen der Dogmatik des FZA als «politisch» kritisierten Urteils BGE 145 IV 364 (Qualifikation des FZA als Wirtschaftsabkommen, das für das Strafrecht nicht von Belang sei).

¹¹⁴³ Vgl. Biaggini, Verfassung und Richterrecht, S. 241.

¹¹⁴⁴ Art. 189 BV.

Wie das gerichtliche Verständnis der konkreten Norm aufgenommen wird, ist dabei stets Gegenstand des institutionellen Dialogs. Die schöpferische Funktion der Judikative ist in ihrem institutionellen Zusammenwirken mit der Legislative zu betrachten: Der Gesetzgebung eröffnet sich die Möglichkeit, anhand der höchstrichterlichen Rechtsprechung zu beobachten, in welcher Weise die von ihr erlassenen Gesetze in der Praxis wirken. Dadurch wird sie auf Regelungsprobleme oder Auslegungsdefizite aufmerksam und kann gegebenenfalls klarstellende, korrigierende oder ergänzende Gesetzgebung erlassen¹¹⁴⁵. Umgekehrt greift die Gesetzgebungspraxis bei neuartigen Gesetzen häufig auf das Erfahrungswissen der Gerichte aus der Anwendungsperspektive bzw. die Rechtsprechung zurück, wenn deren Novellierung ansteht¹¹⁴⁶.

Die gerichtliche Normkonkretisierung ist damit nicht nur über die Rechtsbindung an das demokratische Legitimationspotenzial der Gesetzgebung gekoppelt, sondern steht gleichermassen unter dem Vorbehalt vorrangiger gesetzgeberischer Gestaltungsentscheidungen, die eine Rechtsprechung gegenstandslos machen können¹¹⁴⁷. Ein entsprechender Dialog des Parlaments mit der Judikative ist in der Schweiz – wie gerade neueste Entwicklungen zeigen – an der Tagesordnung¹¹⁴⁸.

¹¹⁴⁵ Vgl. Payandeh, Rechtserzeugung, S. 500; vgl. auch Rütsche, Rechtsfolgen von Grundrechtsverletzungen, S. 238 f., zu den Möglichkeiten der Gesetzgebung, Judikatives Recht (in der dortigen Terminologie «Ersatzrecht») zur Korrektur einer Grundrechtswidrigkeit zu positivieren oder aber durch eine eigene grundrechtskonforme Lösung zu ersetzen.

¹¹⁴⁶ Vgl. Schönberger, Rechtsfindung, S. 312; Biaggini, Verfassung und Richterrecht, S. 402. Ein Beispiel hierzu ist die Garantie des Rechts auf Hilfe in Notlagen nach Art. 12 BV. Art. 12 BV war das ungeschriebene Grundrecht auf Existenzsicherung vorausgegangen; vgl. BGE 121 I 367 E. 2b S. 371. Vgl. allgemein zur schöpferischen Entwicklung von ungeschriebenen Grundrechten in der zweiten Hälfte des letzten Jahrhunderts J. P. Müller, Freiheit, S. 173 ff.

¹¹⁴⁷ Vgl. Payandeh, Rechtserzeugung, S. 500 f.

¹¹⁴⁸ Vgl. etwa das direktdemokratische Korrektiv bei Fragen der Ausweisung straffälliger ausländischer Personen in Art. 121 BV; dazu Hänni, Straferwartung der Gesellschaft, S. 11 ff. Vgl. etwa die Verordnungsänderung beim Zustimmungsverfahren im Zusammenhang mit BGE 141 II 169 ff., vgl. BGE 2C_354/2011 vom 13. Juli 2012 nach einem vom Gesetzgeber nicht beantworteten Appellentscheid zur Inländerdiskriminierung (BGE 136 II 120 E. 3.4 f. S. 129 ff.). Vgl. auch BGE 138 II 32 (keine privilegierte Besteuerung von Veräußerungsgewinnen von landwirtschaftlich genutztem Land in der Bauzone), wobei der Dialog von Parlament und Bundesgericht die institutionelle Unabhängigkeit zu verletzen vermag; vgl. in diesem Zusammenhang Steinmann, Wiederwahl, passim.

Kapitel 5: Würdigung

I. Grundfragen und Grundaussagen

Die Untersuchung hat sich zum Ziel gesetzt, bisher kaum thematisierte Erkenntnisschritte im Bereich der schweizerischen Rechtsprechung methodisch zu erfassen. Methodisch heisst dabei, sie auf wiederholbare Grundprinzipien zurückzuführen¹¹⁴⁹. Die Arbeit erschliesst die verfassungsrechtliche Prägung von wesentlichen, *die Rechtserkenntnis verfeinernden Erkenntnisschritten* und stellt ihre Struktur im Rahmen der Rechtsfindung dar. Die Analyse betrifft insbesondere die Verfassungsrechtsprechung und das Öffentliche Recht. Damit ist nicht gesagt, dass die Methodik nicht auch in anderen Bereichen zur Anwendung kommt.

Ausgangspunkt der Analyse bildet einerseits die Erkenntnis, dass sich Rechtsfolgen (typischerweise, aber nicht nur) im Bereich des Verfassungsrechts nicht einfach aus Normen ableiten lassen, sondern die Entwicklung von Anwendungsmassstäben zur Norm oder Normgruppe durch die Gerichte, mithin die *Entwicklung Judikativen Rechts*, erfordern. Dabei zeigt sich rasch, dass den klassischen Auslegungscanones für die Strukturierung der Entscheidungsfindung nur eine sehr eingeschränkte Bedeutung zukommt. Massgebliches Gewicht erfahren andere Erkenntnisschritte, insbesondere die Entwicklung von abstrakten Anwendungsmassstäben unter Präjudizienrezeption. In der Anwendungserfahrung entwickelte Anwendungsmassstäbe zur Norm werden (in einer ersten Annäherung) vergleichend für die konkret zu beurteilende Streitkonstellation herangezogen. Es gilt also, jene Strukturen darzustellen, die als Erkenntnisschritte die Normauslegung leiten und wiederholbar – nachvollziehbar – machen.

Wie die Untersuchung zeigt, orientieren sich die *Anwendungsprämissen* stark am Fallrecht; die überlieferte Rechtsprechung ist in der Schweiz sub-subsidiäre Rechtsquelle¹¹⁵⁰. Allerdings erfolgt die Rezeption in einer anderen Weise als in der Methodik des *Common Law*: Eine bereits beurteilte Fallkonstellation erlangt nicht primär als solche eine normative Wirkung. Ausgangspunkt ist die Norm (resp. im Bereich des Öffentlichen Rechts häufig: die einschlägige Normgruppe). Im Rahmen der Auslegung fliessen für die Beurteilung einer neuen Streitkonstellation indes sog. *Präjudizielle Erwägungen* in die Rechtserkenntnis ein, d.h. die

¹¹⁴⁹ *Methodos*; grch. «was den Weg betrifft».

¹¹⁵⁰ Art. 1 Abs. 1 und 3 ZGB; vgl. oben, Kap. 3 V 3 3.1.

Anwendungsmassstäbe zur Norm, die in früheren Anwendungsfällen bereits regelartig für die Norm entwickelt wurden. Dieses von den Gerichten entwickelte Recht wird – insoweit vergleichbar mit der Methodik eines *Case Law* – vergleichend oder sogar direkt rechtssatzartig herangezogen. Die Struktur des Judikativen Rechts ist dabei wesentlich verfassungsrechtlich geprägt. Die vorliegende Arbeit entwickelt sie an Beispielen zum nationalen wie auch zum internationalen Recht.

Die Formen zur Entwicklung des Judikativen Rechts werden in der Untersuchung in ihren Grundsätzen erfasst. Ähnlich wie Normen lassen sich Grundsätze und Methoden nicht einfach «anwenden», sondern sind selbst Gegenstand von Konkretisierungen¹¹⁵¹; sie können allein nicht die Vermittlung zwischen Norm und Fall leisten. Immerhin aber können sie Gesichtspunkte aufdecken, die für die Entscheidung des Falles regelmässig relevant sind. Genau darin liegt ihr Reflektionspotenzial für die Rechtsanwendung¹¹⁵² des schweizerischen Höchstgerichts: Sie decken überprüfbare und einsichtige Kriterien für die Handhabung des Bewertungsspielraums auf, den jede Anwendung einer Norm auf einen konkreten Fall erfordert¹¹⁵³.

Ersichtlich wird so die zentrale Funktion des *Judikativen Rechts* als eine die Normwirkungen stabilisierende, an Präjudizien massgeblich mit orientierte verfassungsrechtliche Struktur in der Rechtsanwendung. Sie verfeinert die Auslegungscanon im Bereich des einfachen Gesetzesrechts bzw. ersetzt sie sogar weitgehend im Bereich der Verfassungsrechtsprechung. Die Rechtsanwendung zeichnet sich so im Ergebnis als eine Struktur des Zusammentreffens von Gesetzesrecht und *Case Law* aus.

II. Zusammenfassende Würdigung

1. Stabile Folgerungsbeziehungen zur Entwicklung des Judikativen Rechts

Rechtsanwendung impliziert einen Bewertungsspielraum für die Auslegung und Interpretation. Die Handhabung des Bewertungsspielraums der Gerichte ist dabei

¹¹⁵¹ Methoden lassen sich ähnlich wie Normen nicht einfach anwenden, sondern sind selbst Gegenstand der Konkretisierung, Konstruktion und Kreation; Lembcke, Praxis, S. 86.

¹¹⁵² Lembcke, Praxis, S. 86 f.

¹¹⁵³ Gröschner, Technik, S. 26; Wieacker, Praktische Leistung der Rechtsdogmatik, S. 63.

normativ geprägt. Die Entscheidungsfindung erfordert zunächst und grundlegend eine *Rückbindung an das Recht* (Art. 5 Abs. 1 BV). Im Zentrum der Entscheidungsfindung stehen an den Regelungszweck anknüpfende Folgerungsbeziehungen zu Rechtsnormen¹¹⁵⁴. Wie in neueren allgemeinen Erwägungen zur Auslegung spezifisch betont wird¹¹⁵⁵, erweisen sich die am Sachverhalt verstandene Norm und das Regelungsziel (bzw. in der hier verwendeten Terminologie: die Regelungsidee)¹¹⁵⁶ als Angelpunkte für die Rechtsanwendung.

Die *Regelungsidee* erfährt zweifelsohne massgebliches Gewicht. Sie ist nicht einfach gegeben, sondern für den neuen Anwendungsfall stets weiter zu erschliessen. Aufzudecken sind also die spezifischen Konkretisierungsformen, die die Rechtsanwendung insbesondere der Höchstgerichte stabilisieren. Um die bisher wissenschaftlich kaum erschlossenen Erkenntnisschritte aufzuzeigen, müssen diese zunächst in ihrer logischen Grundstruktur skizziert werden¹¹⁵⁷.

Unter diesem Blickwinkel zeigt sich, dass die anwendbaren Normen in aller Regel nicht einfach ableitbare Rechtsfolgen beinhalten, sondern vielmehr Prämissen zur Anwendung erfordern. Nötig ist mithin die gerichtliche Entwicklung von Prämissen zur Ableitung (Deduktion) der Rechtsfolge. Die erforderlichen Erkenntnisschritte sind nicht einfach im Vorhinein im angewendeten Rechtsstoff enthalten; sie werden vielmehr fall- und problembezogen durch die Gerichte *hergestellt*¹¹⁵⁸.

Die Erkenntnisschritte sind dabei als *Abstraktionen* in Form von gerichtlichen Anwendungsregeln zu verstehen. Sie erfolgen in verschiedenen typischen Formen, die in ihrer Grundstruktur logisch aufgebaut sind. Darunter fallen Hypothesen, d.h., es werden von den Gerichten hypothesenartig spezifische Anwendungsregeln gesetzt (sog. Abduktion). Im Rahmen der Heranziehung bereits entschiedener

¹¹⁵⁴ Vgl. Albers, Rechtsfindung, S. 287.

¹¹⁵⁵ Vgl. etwa BGE 144 III 100 E. 5.2 S. 103; ähnlich bereits Dubs, Ratio legis, S. 21 ff.

¹¹⁵⁶ Die Rechtsprechung verweist auf den Begriff der *ratio legis*. Der Begriff wird auf (im Wesentlichen) zwei verschiedene Arten verstanden: Einerseits zählt er als Synonym zum teleologischen Auslegungselement der *canones*; so Dubs, Ratio legis, S. 22; Kramer, Methodenlehre, 6. A., S. 172; Larenz, Methodenlehre 1991, S. 336. Andererseits kann der Begriff auch in einem weiteren Sinne als letztlich richtige Gesetzesauslegung gelten, gewissermassen als Oberbegriff für das richtige Auslegungsergebnis; vgl. etwa Dubs, Ratio legis, S. 22. Die Rechtsprechung verweist (meistens) auf diese zweite Interpretation; vgl. die Abgrenzung in BGE 144 III 100 E. 5.2 S. 103.

¹¹⁵⁷ Dies ist indessen (nur) so weit geboten, als dies für die konkrete Rechtsanwendung erforderlich ist.

¹¹⁵⁸ Vgl. Gast, Rhetorik, Rz. 250.

Fallkonstellationen (Analogie) werden Anwendungsprämissen zu den Normen ausformuliert. Bei hinreichend fortgeschrittener Anwendungserfahrung können aus ihr abstrakte regelartige Anwendungsmassstäbe entwickelt werden (Reduktion; von zahlreichem Fallmaterial wird auf die Anwendungsmassstäbe der Norm geschlossen). Die in ihren Grundstrukturen logischen Schritte *ergänzen* und überlagern sich dabei.

Für den vorliegenden Kontext ist von fundamentaler Bedeutung, dass sämtliche dieser Erkenntnisschritte *wahrheitserweiternd* sind: Die für die Anwendung der Norm durch das Gericht zu setzenden Prämissen (hier in Form von Hypothesen, Analogien, Reduktionen) fügen dem Existierenden (den einschlägigen Normen) – zur Vorbereitung der Subsumtion – etwas Neues, ein Plus *hinzu*. Im Rahmen der Rückbindung an das Recht verhält es sich also nicht anders als bei der Wahrnehmung selbst: Mit jedem Erkenntnisschritt wird dem Existierenden etwas hinzugefügt.

Dieses kreative Element – die Entwicklung von Anwendungsmassstäben – ist *Judikatives Recht*. Es stützt sich auf die Verfassung und dient dazu, eine optimale Normvollendung hervorzubringen und den Mindestschutz der Norm über eine Fallvarianz rechtsgleich zu sichern. Die von den Gerichten angewandten Erkenntnisschritte stützen sich dabei insbesondere auf Art. 1 ZGB sowie Art. 8, 9 und 30 BV.

Bei der Entwicklung des Judikativen Rechts geht es also um eine durch die Erfahrung der Fälle mitgeprägte Beschränkung des Bewertungsspielraumes (Strukturierung) mittels spezifischer juristischer – insbesondere verfassungsrechtlicher – Kriterien¹¹⁵⁹.

2. Zusammentreffen von Gesetzesrecht und Präjudizienrecht

Für die verfassungskonforme Handhabung des Bewertungsspielraums spielen Präjudizien eine bedeutende Rolle. Im Unterschied zum angloamerikanischen Recht ist in der kontinentalen Rechtsordnung indessen nicht das *Präjudiz* Ausgangspunkt für die Rechtsfindung, sondern die Norm. Die Ausgangslage gestaltet sich dabei derart, dass jeder neu zu beurteilende Fall von bereits entschiedenen Fällen

¹¹⁵⁹ Vgl. in einem weiteren Sinne Rödiger, Erkenntnisverfahren, S. 276.

abweicht. Dass eine identische bereits entschiedene Konstellation (ein Präjudiz) vorliegt, bildet die Ausnahme¹¹⁶⁰.

Die Methodik der Heranziehung von Präjudizien erschöpft sich also keinesfalls in einer Gleichsetzung mit bereits entschiedenen Konstellationen. Es kommt gerade im Öffentlichen Recht auf der Ebene der Höchstgerichtsbarkeit typischerweise vor, dass zu einer Bestimmung oder Fallkonstellation kaum oder überhaupt keine Rechtsprechung existiert¹¹⁶¹. Selbst bei Themenbereichen mit viel nationaler und/oder einschlägiger internationaler Rechtsprechung liegt oftmals keine identische Fallkonstellation vor. Gleichwohl werden Präjudizien herangezogen.

Methodologisch bedeutsam wird entsprechend, zwischen *Fallentscheidungen* und *Fallentscheidungsregeln* zu differenzieren. Neben getroffenen Fallentscheidungen (Präjudizien) werden von den Gerichten auch Fallentscheidungsregeln in Form von *Präjudiziellen Erwägungen* (regelartige Anwendungsmassstäbe zur Norm) entwickelt. Letztere erhalten für die Rechtsfindung spezifisches Gewicht: Die bereits entwickelten Anwendungsmassstäbe (Fallentscheidungsregeln) werden in weiteren Fällen als *Präjudizielle Erwägungen* rezipiert, wobei die Heranziehung auf unterschiedliche Weise erfolgen kann (vgl. hierzu sogleich unten). Neue Fallkonstellationen lassen sich so in die Struktur der Entwicklung von abstrakten Erkenntnissen aus früheren Anwendungen der Norm einordnen. Eine konkrete Streitkonstellation unter einen Rechtssatz zu subsumieren, erfordert stets die Entwicklung von Regeln durch die Gerichte.

Die gerichtlichen Abstraktionen und Regelbildungen unterliegen einer verfassungsrechtlichen Strukturierung. Diese umfasst zunächst die *Bindungswirkung* von *Präjudizien* aus Verfassungsprinzipien und Grundrechten, d.h. insbesondere aus der Rechtssicherheit, der Rechtsgleichheit und des Vertrauensschutzes¹¹⁶². Hier bestehen insbesondere erhöhte Anforderungen, von einer bereits begründeten Rechtspraxis abzuweichen¹¹⁶³. Abweichungen sind möglich unter dem Vorbehalt der Praxisänderung. Aber auch auf einer feineren Stufe ergeben sich unter dem Blickwinkel des Verfassungsrechts gewisse Bindungswirkungen, insbesondere

¹¹⁶⁰ Entsprechende Konstellationen können in einem vereinfachten Verfahren nach Art. 109 BGG abgewiesen werden.

¹¹⁶¹ Das ist z.B. im Bereich des Heilmittelrechts so. Vgl. bereits Biaggini, Symposium, S. 28.

¹¹⁶² Vgl. im Detail oben, Kap. 3 V 3 3.3. Vgl. auch J. P. Müller, Freiheit, S. 63 (Fn. 136).

¹¹⁶³ BGE 143 IV 1 E. 5.2 S. 3; 141 II 297 E. 5.5.1 S. 303 m.H.; SGK-BV, Schweizer, N. 44 ad Art. 8.

nach Massgabe des Rechtsgleichheitsgebots: Bereits für die Norm entwickelte Anwendungsmassstäbe erfahren als *Präjudizielle Erwägungen* massgebliches Gewicht. Art. 8 BV erhält eine spezifische Bedeutung als Ausgangspunkt für die Erarbeitung der Anwendungsprämissen: Es besteht die Pflicht, die bisherigen Normkonkretisierungen für die weiteren Fälle zu berücksichtigen, sich mit ihnen auseinanderzusetzen. Dass die Norm rechtsgleich ausgelegt wird, ist also Ausdruck des verfassungsmässigen Gleichbehandlungsgebots; aus diesem folgt ebenso, dass die Gerichte Anwendungsmassstäbe zur Norm stetig – gerade in der Einzelfallprüfung und der Entwicklung der Fallvarianz – auf ihre Sachgerechtigkeit neu überprüfen müssen und die Anwendungsmassstäbe insofern zu optimieren sind. Aus der Verfassung ergibt sich das Erfordernis, dass vergleichbare Fallkonstellationen am *gleichen und sich stets optimierenden Massstab* gemessen werden. Über Präjudizielle Erwägungen soll regelartig zu einer rechtsgleichen und die Normwirkung optimierenden Anwendung gelangt werden.

Bei der *Methodik der Heranziehung* von Präjudiziellen Erwägungen ist zu differenzieren, ob die neu zu beurteilende Fallkonstellation hinreichend nah an bereits beurteilten Konstellationen liegt, sodass dort entwickelte Präjudizielle Erwägungen rechtssatzartig herangezogen werden können (direkte Analogie). Ein Beispiel hierfür sind die sog. *Boultif*-Kriterien zu Art. 8 EMRK bzw. Art. 13 BV oder auch die sog. *Emre*-Kriterien¹¹⁶⁴. Andernfalls, wenn es für die neu zu beurteilende Fallkonstellation keine regelartigen Präjudiziellen Erwägungen gibt, zieht das Gericht die Präjudiziellen Erwägungen zur Norm heran, um die Regelungsidee für den neu zu beurteilenden Fall zu konkretisieren (indirekte Analogie). Dies bildet dann die Grundlage, um Fallentscheidungsregeln für die neu zu beurteilende Streitkonstellation zu entwickeln.

Die Präjudiziellen Erwägungen werden also – je nach sachlicher Nähe – entweder *rechtssatzartig* (direkte Analogie) oder aber *vergleichend* (indirekte Analogie) herangezogen, um für die neu zu beurteilende Konstellation wiederum Anwendungsprämissen zu entwickeln. Ein bedeutender Akt der Rechtserkenntnis ist entsprechend das analoge Denken in Form eines komplexen *Fallvergleichs*¹¹⁶⁵: Jede bereits entschiedene Konstellation erhält aus Gründen der Rechtsgleichheit ein massgebliches Gewicht.

¹¹⁶⁴ Vgl. oben, Kap. 3 VI 5 5.3 b.

¹¹⁶⁵ Vgl. auch Vosskuhle, Rechtsprechen, N. 7.

Das Verfassungsrecht generiert einen normativen Rahmen für die Wirkungen von Präjudizien¹¹⁶⁶ und Präjudiziellen Erwägungen. Da Streitfälle rechtsgleich zu lösen sind, kommt der Rezeption von Präjudizien – auch wenn sie nicht als primäre Rechtsquellen gelten – eine essenzielle Bedeutung für die Stabilisierung der Rechtsprechung zu. Präjudizien und Präjudizielle Erwägungen sind so zugleich als Beitrag zur Konkretisierung des Gesetzesrechts und *Stabilisierung der Normanwendung* zu verstehen¹¹⁶⁷.

Diese Bindungswirkung der Präjudizien nach Massgabe des Verfassungsrechts führt zu einer Ergänzung und Konkretisierung des gesetzten Rechts durch die Gerichte. Die höchstgerichtliche Rechtsprechung *beeinflusst* das geltende Recht¹¹⁶⁸. Im Rahmen der Heranziehung der Norm spielen so auch in der schweizerischen Rechtsordnung Präjudizien und insbesondere Präjudizielle Erwägungen eine – wenn nicht die – entscheidende Rolle¹¹⁶⁹.

3. Perspektivenwechsel zu den wahrheits-erweiternden Schritten

Gestützt auf die Erkenntnisse ist in methodologischer Hinsicht zunächst geboten, die Subsumtion von ihrer Vorbereitung zu differenzieren. Die Trennung entspricht nicht nur der praktischen Rechtsanwendung, sondern ist auch hilfreich für die wissenschaftliche Erschliessung einer juristischen Entscheidung.

Der Fokus der Rechtsanwendung ist in aller Regel gerichtet auf die Prüfung der konkret zu beurteilenden Fallkonstellation in Auseinandersetzung mit Anwendungsmassstäben, die in früheren Fällen vom Gericht zur Norm entwickelt wurden. Die konkret zu beurteilende Fallkonstellation wird anhand der Anwendungsmassstäbe im Detail beurteilt. Die Erkenntnisse dieser Bewertung ermöglichen erst die Subsumtion. Genau dies, die gerichtliche Entwicklung der Anwendungsmassstäbe zur Norm über die Fallvarianz und die Beurteilung des konkreten Falles

¹¹⁶⁶ Vgl. Payandeh, Rechtserzeugung, S. 501.

¹¹⁶⁷ Vgl. Payandeh, Rechtserzeugung, S. 496.

¹¹⁶⁸ Payandeh, Rechtserzeugung S. 478.

¹¹⁶⁹ Diese Präjudiziellen Erkenntnisschritte haben sich durch IT und die Verwendung der Datenbanken verfestigt. Allerdings wäre es unzutreffend, anzunehmen, dass die Entwicklung Judikativen Rechts in der Schweiz keine Tradition und sich seine Bedeutung erst in jüngster Zeit entwickelt hat. Zu verweisen ist etwa auf die Verfassungsrechtsprechung zu Art. 4 aBV. Vgl. hiervor Kap. 3 V 5 5.3.

hieran, erweist sich als der *essentielle* juristische Erkenntnisschritt im Spruchkörper.

Erforderlich wird also ein Perspektivenwechsel hin zur gerichtlichen Entwicklung der Anwendungsmassstäbe zur Norm. Wie jede Wissenschaft arbeitet auch das Recht mit Prämissen. Die Gerichte entwickeln Judikatives Recht, um für die konkreten Fälle Rechtsfolgen ableiten zu können. Das impliziert – und das ist von besonderer Wichtigkeit –, dass das Entscheidungsverfahren neben der wahrheitserhaltenden Deduktion (Justizsyllogismus) eine Reihe von *wahrheitserweiternden Schritten* umfasst. Um diese Prämissen zu entwickeln, entwerfen die Gerichte Regeln für die Ableitung der Rechtsfolgen aus der konkreten Norm. Sie machen sich dabei die Erfahrung früherer Anwendungen der Norm zunutze.

Namentlich im Grundrechtsbereich entfaltet das Rechtsprechungsrecht eine gewichtige Bedeutung. Die Massstäbe aus dem *Case Law* zeigen sich als wesentlich namentlich zur Frage der Anwendbarkeit und als Gesichtspunkte für eine zulässige Einschränkung¹¹⁷⁰, wobei sich insbesondere letztere beide Aspekte in der Verhältnismässigkeitsprüfung überschneiden. Einschränkungen betreffen dabei sowohl Freiheitsrechte nach Art. 36 BV als auch andere Grundrechte, etwa mittels Differenzierung durch sachliche Gründe (Art. 8 Abs. 1 BV). Sie werden sowohl bei subjektiven Rechten als auch bei der sog. flankierenden Geltung von Grundrechten wirksam.

Zentral ist dabei zu sehen, dass im Rahmen der Verhältnismässigkeitsprüfung eines Grundrechts gestützt auf die (nationale und internationale) Fallerfahrung reduktiv Kriterien zur Normwirkung entwickelt werden, anhand derer der konkrete Fall subsumiert wird. Die Bewertung der neu zu beurteilenden Konstellation anhand dieser Kriterien ist nicht nur eine wesentliche Strukturierung der Interessenabwägung, sondern entscheidende (dezisive) Voraussetzung für die Urteilsbildung. Oder in anderen Worten: Erst wenn anhand der Grenzkriterien festgestellt wurde, dass eine Handlung verhältnismässig war, kann der Justizsyllogismus erfolgen.

¹¹⁷⁰ Zu betonen ist wiederum, dass sich diese Gesichtspunkte in der Falllösung deutlich überlagern können; die Differenzierung wird zu analytischen Zwecken gemacht, kann die Gleichzeitigkeit der Anwendungsvorgänge jedoch nicht abbilden.

4. Methodologische Tragweite

4.1 Zwei Wirkungsweisen des Judikativen Rechts

In der rechtlichen Beurteilung eines Falles treffen sich so grundsätzlich zwei gegenläufige kognitive Vorgänge, die dann zum Urteil führen: zum einen die «Subsumtion» (der Justizsyllogismus) mit den Schlussformen vom Allgemeinen zum Besonderen, also vom allgemeinen Rechtsbegriff zum konkreten Sachverhalt und Umstand; und zum anderen die gegenläufigen Beurteilungen vom Besonderen zum Allgemeinen¹¹⁷¹, mithin vom Fall zu den allgemeinen Anwendungsvoraussetzungen der Norm.

Die höchstgerichtlichen Erkenntnisschritte haben insofern auch *zwei Wirkungsweisen* zum Gegenstand. Einerseits die Streitentscheidung, deren Wirkung auf den Streitgegenstand bezogen ist. Andererseits aber auch die Rechtserzeugung: Die sich anhand der Beurteilung des Einzelfalls entwickelten rechtlichen Massstäbe entfalten als solche abstrakt-generelle Wirkungen. Diese gerichtliche Rechtsentwicklung ist dabei nicht unumstösslich; bei besserer Normerkenntnis wird sie – den Grundsatz der Rechtssicherheit respektierend – angepasst¹¹⁷². Judikative Rechtserzeugung bringt zum Ausdruck, dass nicht nur bestehendes Recht angewendet, sondern auch – mit massgeblicher Steuerungswirkung der Verfassung – neues Recht erzeugt wird, das im Rahmen der Rechtsbindung abstrakt-generelle Wirkungen über den Einzelfall hinaus entfaltet¹¹⁷³.

Die wissenschaftliche Betrachtungsweise ist dabei gehalten, sich die methodologische Tragweite zu vergegenwärtigen: Rechtsprechung als Anwendung des Gesetzes im Sinne einer Ableitung zu verstehen, bedeutet eine erhebliche methodologische Verkürzung¹¹⁷⁴. Es wird ersichtlich, dass dasjenige, was regelmässig als die «Logik der Rechtsanwendung» dargestellt wird, die Auslegung nach den *canones* und die Subsumtion, nur einen Teil der Rechtsanwendung bedeuten kann¹¹⁷⁵.

¹¹⁷¹ Strauch, Mustererkennung, S. 344.

¹¹⁷² Dazu oben, Kap. 3 V 3 3.5.

¹¹⁷³ Payandeh, Rechtserzeugung, S. 25.

¹¹⁷⁴ Insbesondere ist dem Justizsyllogismus nicht zu entnehmen, wie es zu den Voraussetzungen gekommen ist, die in diesem Schema als Prämissen eingesetzt sind; vgl. Bung, Syllogismus, S. 215.

¹¹⁷⁵ So wird denn auch darauf hingewiesen, dass Subsumtion selbst keine genuin juristische Operation sei; vgl. oben, Kap. 4 I 4 4.3 b, und Bydlinski, Methodenlehre, S. 396 f.; Bung, Syllogismus, S. 215.

Demgegenüber ist die Rechtsanwendung in die Gewinnung einer wahrheitserweiternden, die Wirkung der Norm für den zu beurteilenden konkreten Sachverhalt adäquat zum Ausdruck bringenden Prämisse hineingehalten. Oder anders ausgedrückt: Die gerichtlichen Erkenntnisverfahren erfordern wahrheitserweiternde Schritte, um die *Normvollendung* für den Einzelfall zu erreichen. Genau jener Teil, der eine Wirkung der Norm in kreativen Schritten erschliesst, ist das typische gerichtliche Erkenntnisverfahren.

4.2 Regelgeleitete Heranziehung

Diese Erkenntnis hat einerseits praktische begründungstheoretische und andererseits methodologische Konsequenzen. Zunächst werden die Deutungserfordernisse und -kontexte des Judikativen Rechts in der Entscheidungsdarstellung reflektiert¹¹⁷⁶. Präjudizielle Erwägungen sind in den Urteilen als Entscheidungsgründe auszuweisen. Sie werden der konkreten Subsumtion vorangestellt, und auf sie als abstrakte Entscheidungsregeln wird in Folgefällen verwiesen. In der Schweiz werden bei in die amtliche Sammlung aufgenommenen Entscheiden zumindest Kernelemente von neu entwickelten Präjudiziellen Erwägungen in *Regesten* zusammengefasst¹¹⁷⁷. Die Präjudiziellen Erwägungen erlangen so massgebliche Bedeutung für die Gesetzgebung, aber auch für die Wissenschaft¹¹⁷⁸.

Die Entwicklung und der Umgang mit Judikativem Recht beinhaltet so *eine regelgeleitete Anwendung* für neue Fälle. Sie impliziert, dass der Prämisseninhalt bei der Rechtsanwendung in den Folgefällen gewahrt bleibt bzw. dass Abweichungen vom Prämisseninhalt nur mit Zurückhaltung entwickelt und eingehend begründet werden. So wird deutlich, dass der Gleichbehandlungsgrundsatz (Art. 8 BV) ein spezifisches Gewicht als Ausgangspunkt für die Erarbeitung der Anwendungsprä-

¹¹⁷⁶ Albers, Rechtsfindung, S. 266.

¹¹⁷⁷ Die Regeste ist daher nicht mit den Präjudiziellen Erwägungen gleichzusetzen. Regesten sind häufig ein Kondensat davon und sollten zumindest auf die Präjudiziellen Erwägungen verweisen. Regesten können gleichermassen über die Präjudiziellen Erwägungen hinaus gehen, indem diese teilweise auch Sachverhaltselemente in sich aufnehmen. Vgl. dazu im Detail Kap. 3 V 2 2.2. Es ist darauf hinzuweisen, dass Präjudizielle Erwägungen auch integraler Bestandteil von sog. unpublizierten (d.h. ausschliesslich auf dem Internet, nicht jedoch in der Amtlichen Sammlung veröffentlichten) Urteilen sind; in der Regel wird dort auf die «publizierte Rechtsprechung» bzw. genauer: auf die bereits entwickelten und publizierten Präjudiziellen Erwägungen verwiesen.

¹¹⁷⁸ Vgl. Albers, Rechtsfindung, S. 266.

missen erhält. Die Norm ist gleichermaßen Ausdruck von nicht mehr und nicht weniger als der *Eigenart der Urteilskraft* selbst: Aus dem verfassungsmässigen Gleichbehandlungsgebot folgt, dass die Anwendungsmassstäbe zur Norm – gerade in der Einzelfallprüfung und der Entwicklung der Fallvarianz – auf ihre Sachgerechtigkeit laufend zu überprüfen und die Anwendungsmassstäbe insofern zu optimieren sind.

Dabei zeigt sich zugleich die wesentliche Unterscheidung zwischen der Auslegung von Gesetzesrecht und der *Auslegung von Judikativem Recht*¹¹⁷⁹: Die von den Gerichten entwickelten Anwendungsmassstäbe sind – und müssen dies von Verfassung wegen sein – zur Optimierung hin offen. Es ist insofern nachvollziehbar, dass die Anwendungsmassstäbe in abstrakter Weise formuliert und von den Gerichten regelartig in einem offenen Horizont für weitere Fälle herangezogen werden¹¹⁸⁰. Ein Höchstgericht ist bestrebt, ständig die Sachgerechtigkeit und gleichermaßen auch die Richtigkeit der Präjudiziellen Erwägungen anhand der neu zu beurteilenden Sachverhaltskonstellation unter dem Blickwinkel der Regelungsidee zu optimieren. Dabei will und darf es sich angesichts des *Horizonts künftiger Fälle* und der Pluralität und Implikationen rechtswissenschaftlicher Ansätze bei den Prämissensetzungen nicht abschliessend festlegen¹¹⁸¹. Eine gewisse Situativität und deren normative Implikationen können nicht umgangen werden; Gerichte entwerfen Ideale gelungener Konkretisierungen, die ständig hinterfragt werden.

In diesem Rahmen der Betrachtung der konkreten Fallkonstellation bleibt in den Räumen der Normkonkretisierung *Selbstreferenzialität*, mithin der Rückgriff auf die Eigenkompetenz zur Sinnermittlung, nicht nur hinsichtlich der bisher gerichtlich entwickelten Normwirkungen, sondern auch mit Blick auf die zu erschliessenden Wertungen für den neuen Fall. Eine philosophische Parallele des Nichtwissens des SOKRATES darf dabei sowohl in der Grundfrage der Gerechtigkeit als auch in den Detailfragen des dogmatisch Richtigen gezogen werden¹¹⁸².

¹¹⁷⁹ Vgl. Albers, Rechtsfindung, S. 260.

¹¹⁸⁰ Erkenntnisse des analogen Denkens haben wie andere Formen der Normkonkretisierung nur für eine begrenzte Zeit ihre Geltung; die Verfassung gebietet, dass Präjudizielle Erwägungen, Präjudizien und weitere Prämissensetzungen zur Anwendung der Norm stets auf ihren Normsinn hin überprüft und soweit erforderlich angepasst werden; hiervor Kap. 3 V 3 3.5 Vgl. auch Strauch, Mustererkennung, S. 358.

¹¹⁸¹ Albers, Rechtsfindung, S. 275.

¹¹⁸² Gröschner, Technik, S. 62, und oben, Kap. 4 I 5 5.1.

5. Elemente des Judikativen Denkraums

Ersichtlich wird dadurch die spezifische Eigenständigkeit des *Judikativen Denkraums*¹¹⁸³:

Bei der Entwicklung von gerichtlichen Anwendungsmassstäben zur Norm steht nicht die Begriffsauslegung im Zentrum. Essentiell ist vielmehr die gerichtliche *Gewährleistung einer Schutzfunktion* unter Einbezug der Erfahrungsanwendung der einschlägigen Rechtsnormen. Sie zeigt sich in Form von regelartigen Anwendungsmassstäben, welche die Normschutzwirkung in abstrakter, aber dem Einzelfall zugänglicher Form definiert und die als Präjudizielle Erwägungen die Normerkenntnis in den Folgefällen leiten. Das Gericht markiert so die Grenze, die – auch unter Einbezug der bereits entschiedenen Fallkonstellationen – mit Blick auf die Verwirklichung des Normsinns nicht unterschritten werden kann¹¹⁸⁴.

Wesentliche Funktion der Gerichte ist die in diesem Sinne verstandene Normkonkretisierung oder -stabilisierung, mit dem Zweck, eine differenzierende und optimierende Entwicklung des Schutzes ihrer Wirkung für den Einzelfall zu erreichen. Rechtsgewinnung verläuft hierfür nicht lediglich deduktiv, sondern auch abduktiv, analogisch, reduktiv¹¹⁸⁵. Sie erweist sich als ein Zusammenspiel von wahrheitserhaltenden und wahrheitserweiternden Schlüssen.

Die logisch in den Grundzügen skizzierbaren Denkschritte sind Gegenstand des gerichtlichen Erkenntnisverfahrens. Sie können die Regelungsidee vor dem Hintergrund des konkreten Anwendungsfalls besser oder schlechter zum Ausdruck bringen und sind (stets) Gegenstand des innergerichtlichen und (seltener) auch des interinstitutionellen Diskurses. Über Rechtsänderungen hat die Gesetzgebung im Rahmen der Verfassung die Möglichkeit, die Regelungen anzupassen.

Für das Gericht ergibt sich der juristische Denkraum aber aus der Verfassung selbst; und dabei nicht nur aus Funktion und Zuständigkeiten¹¹⁸⁶. Von grundlegender Bedeutung ist vielmehr die Stellung der Rechtsanwender zur Norm oder präziser: eine verfassungsrechtliche Strukturierung der Entscheidungsfindung selbst, die im dargestellten juristischen Erkenntnisraum auch die Entwicklung abstrakter Regeln durch die Gerichte *erfordert*.

¹¹⁸³ Vgl. den Begriff bei Strauch, Mustererkennung, S. 343.

¹¹⁸⁴ Vgl. Vosskuhle, Rechtsprechen, N. 7.

¹¹⁸⁵ Vgl. Kaufmann, Rechtsgewinnung, S. 66.

¹¹⁸⁶ Art. 188 ff. BV.

Der Raum der Rechtsanwendung ist demnach mit erkenntniserweiternden Schritten, die die Wirkung der Norm im Einzelfall erst ermöglichen und über eine Fallvarianz rechtsgleich zum Ausdruck bringen, zwangsläufig verbunden.

Entsprechende Abstraktionen sind Grundbestandteil der genuinen *Eigenständigkeit* der Judikative selbst. Sie sind Ausdruck der juristischen Urteilskraft und gleichermassen der Unabhängigkeit der Richterinnen und Richter.

Literaturverzeichnis

- ALBERS MARION, Höchststrichterliche Rechtsfindung und Auslegung gerichtlicher Entscheidungen, in: Veröffentlichung der Vereinigung der Deutschen Staatsrechtslehrer, Jahrestagung 2011, Grundsatzfragen der Rechtsetzung und Rechtsfindung, Berlin/Boston 2012, S. 258 ff. (zit. Albers, Rechtsfindung, S. ...)
- ALEXY ROBERT, Theorie der Grundrechte, 4. A., Frankfurt a.M. 2001 (zit. Alexy, Grundrechte, S. ...)
- ALEXY ROBERT/KOCH HANS-JOACHIM/KUHLEN LOTHAR/RÜSSMANN HELMUT, Elemente einer juristischen Begründungslehre, Baden-Baden 2003 (zit. Alexy/Koch/Kühlen/Rüßmann, Begründungslehre, S. ...)
- ANGEHRN EMIL, Die Grenzen des Verstehens und der Universalitätsanspruch der Hermeneutik, in: Senn Marcel/Fritsch Barbara (Hrsg.), Rechtswissenschaft und Hermeneutik, Kongress der Schweizerischen Vereinigung für Rechts- und Sozialphilosophie, 16. und 17. Mai 2008, Universität Zürich, Stuttgart 2009, S. 143 ff. (zit. Angehrn, Grenzen, S. ...)
- ANGEHRN EMIL, Wege des Verstehens. Hermeneutik und Geschichtsdenken, Würzburg 2008 (zit. Angehrn, Wege, S. ...)
- ARISTOTELES, Rhetorik, übers. und erläutert von Christof Rapp, 2 Bde., Berlin 2002 (zit. Aristoteles, Rhetorik, Bd. ... N. ...)
- AUER ANDREAS/MALINVERNI GIORGIO/HOTTELIER MICHEL, Droit constitutionnel suisse, Vol. 2, Les droits fondamentaux, 3. A., Bern 2013 (zit. Auer/Malinverni/Hottelier, Droit constitutionnel, N. ...)
- BACHER BETTINA, Medienfreiheit und Persönlichkeitsschutz: Zivilrechtliche Auswirkungen der Lösung eines Grundrechtskonflikts, Diss., Basel 2015 (zit. Bacher, Persönlichkeitsschutz, S. ...)
- Basler Kommentar, Zivilgesetzbuch I (Art. 1–456 ZGB), Hrsg.: Geiser Thomas/Fountoulakis Christiana, 6. A., Basel 2018 (zit. BSK-ZGB, AUTOR, N. ... ad Art. ...)
- Basler Kommentar zum Bundesgerichtsgesetz, Hrsg.: Niggli Marcel Alexander/Uebersax Peter/Wiprächtiger Hans, 1. A., Basel 2008 (zit. BSK-BGG, Autor, N. ... ad Art. ...)
- Basler Kommentar zum Bundesgerichtsgesetz, Hrsg.: Niggli Marcel Alexander/Uebersax Peter/Wiprächtiger Hans/Kneubühler Lorenz, 3. A., Basel 2018 (zit. BSK-BGG 2018, Autor, N. ... ad Art. ...)
- Basler Kommentar zur schweizerischen Bundesverfassung, Hrsg.: Waldmann Bernhard/Belser Eva Maria/Epiney Astrid, Basel 2015 (zit. BSK-BV, Autor, N. ... ad Art. ...)
- Basler Kommentar zur schweizerischen Zivilprozessordnung, Hrsg.: Spühler Karl/Tenchio Luca/Infanger Dominik, Basel 2017 (zit. BSK-ZPO 2017, Autor, N. ... ad Art. ...)
- BELSER EVA MARIA/WALDMANN BERNHARD/WIEDERKEHR RENÉ, Staatsorganisationsrecht, Zürich 2017 (zit. Belser/Waldmann/Wiederkehr, Staatsorganisationsrecht, S. ...)

- BENGOETXEA JOXERRAMON, *The Legal Reasoning of the European Court of Justice: Towards a European Jurisprudence*, Oxford 1993 (zit. Bengoetxea, *Legal Reasoning*, S. ...)
- Berner Kommentar zum schweizerischen Zivilgesetzbuch, Hrsg.: Meier-Hayoz Arthur, Band I: Einleitung und Personenrecht, Bern 1962, Nachdruck von 1966 (zit. BK-ZGB 1966, Autor, N. ... ad Art. ...)
- Berner Kommentar zum schweizerischen Zivilgesetzbuch, Hrsg.: Hausheer Heinz/Walter Hans Peter, Band I, 1. Abteilung: Einleitung, Art. 1–9 ZGB, Bern 2012 (zit. BK-ZGB 2012, Autor, N. ... ad Art. ...)
- Bericht des Bundesrates in Erfüllung des Postulats 07.3764 der Kommission für Rechtsfragen des Ständerates vom 16. Oktober 2007 und des Postulats 08.3765 der Staatspolitischen Kommission des Nationalrates vom 20. November 2008, Das Verhältnis von Völkerrecht und Landesrecht vom 5. März 2010, BBl 2010 2263 (zit. Bericht Völkerrecht – Landesrecht, S. ...)
- BETTI EMILIO, *Zur Grundlegung einer allgemeinen Auslegungslehre*, Tübingen 1988 (zit. Betti, *Auslegungslehre*, S. ...)
- BHALA, RAJ, *The Myth about Stare Decisis and International Trade Law (Part One of a Trilogy)*, in: *American University of International Law Review*, vol. 14, No. 4, 1999, S. 845 ff. (zit. Bhala, *Stare Decisis*, S. ...)
- BIAGGINI GIOVANNI, § 10: Grundlagen und Grundzüge staatlichen Verfassungsrechts: Schweiz, in: Bogdandy Armin von/Cruz Villalón Pedro/Huber Peter M. (Hrsg.), *Handbuch Ius Publicum Europaeum (IPE)*, Band I: Grundlagen und Grundzüge staatlichen Verfassungsrechts, Heidelberg 2007, S. 565 ff. (zit. Biaggini, *IPE*, Rz. ...)
- BIAGGINI GIOVANNI, *Gewaltenteilung im Verfassungsstaat*, in: Biaggini Giovanni/Gächter Thomas/Kiener Regina (Hrsg.), *Staatsrecht*, 2. A., Zürich/St. Gallen 2015 (zit. Biaggini, *Gewaltenteilung*, § ... N. ...)
- BIAGGINI GIOVANNI, *Kommentar der Schweizerischen Bundesverfassung*, 2. A., Zürich 2017 (zit. Biaggini, *BV-Kommentar*, N. ... ad Art. ...)
- BIAGGINI GIOVANNI, *Methodik in der Rechtsanwendung*, in: Peters Anne/Schefer Markus (Hrsg.), *Grundprobleme der Auslegung aus der Sicht des öffentlichen Rechts*, Symposium zum 60. Geburtstag von René Rhinow, Bern 2004, S. 27 ff. (zit. Biaggini, *Symposium*, S. ...)
- BIAGGINI GIOVANNI, «Ratio legis» und richterliche Fortbildung, in: *Die Bedeutung der «Ratio legis»*, Kolloquium der Juristischen Fakultät der Universität Basel, Basel/Genf/München 2001, S. 51 ff. (zit. Biaggini, *Ratio legis*, S. ...)
- BIAGGINI GIOVANNI, *Verfassung und Richterrecht: Verfassungsrechtliche Grenzen der Rechtsfortbildung im Wege der bundesgerichtlichen Rechtsprechung*, Diss., Basel/Frankfurt am Main 1991 (zit. Biaggini, *Verfassung und Richterrecht*, S. ...)
- BIHLER MICHAEL, *Rechtsgefühl, System und Wertung: Ein Beitrag zur Psychologie der Rechtsgewinnung*, München 1979 (zit. Bihler, *Rechtsgefühl*, S. ...)
- BOCHEŃSKI, JOSEPH M., *Die zeitgenössischen Denkmethoden*, Bern 1954 (zit. Bocheński, *Denkmethoden*, S. ...)

- BÖCKENFÖRDE ERNST-WOLFGANG, Vom Ethos der Juristen, 2. A., Berlin 2011 (zit. Böckenförde, Ethos der Juristen)
- BOONIN LEONARD G., The Logic of Legal Decisions, Ethics, Vol. 75, No. 3 (April, 1965), S. 179 ff. (zit. Boonin, Logic, S. ...)
- BRANDOM ROBERT B., Begründen und Begreifen: Eine Einführung in den Inferentialismus, Frankfurt a.M. 2001 (zit. Brandom, Begründen, S. ...)
- BRENTANO FRANZ, Psychologie vom empirischen Standpunkte, in: Binder Thomas/ Chrudzinski Arkadiusz (Hrsg.), Franz Brentano. Sämtliche veröffentlichte Schriften, Bd. 1, Frankfurt a.M. 2008 (zit. Brentano, Schriften, S. ...)
- BREWER SCOTT, Exemplary Reasoning: Semantics, Pragmatics, and the Rational Force of Legal Argument by Analogy, in: Harvard Law Review, Vol. 109, No. 5 (1996), S. 923 ff. (zit. Brewer, Exemplary Reasoning, S. ...)
- BUCHER EUGEN, Rechtsüberlieferung und heutiges Recht, in: Zeitschrift für Europäisches Privatrecht, Jg. 8 (2000), S. 394 ff. (zit. Bucher, Rechtsüberlieferung, S. ...)
- BUHOFFER STEPHAN, Case Law: Rechtsvergleichende Analyse eines Begriffs, in: recht – Zeitschrift für juristische Weiterbildung und Praxis 1/2001, S. 11 ff. (zit. Buhofer, Analyse, S. ...)
- BUNG JOCHEN, Der juristische Syllogismus in der Methodenlehre von Larenz, in: Gabriel Gottfried/Gröschner Rolf (Hrsg.), Subsumtion: Schlüsselbegriff der Juristischen Methodenlehre, Tübingen 2012, S. 215 ff. (zit. Bung, Syllogismus, S. ...)
- BUNG JOCHEN, Subsumtion und Interpretation, Diss., Baden-Baden 2004 (zit. Bung, Subsumtion, S. ...)
- BURCKHARDT WALTHER, Die Lücken des Gesetzes und die Gesetzesauslegung, Bern 1925 (zit. Burckhardt, Lücken, S. ...)
- BURMEISTER JOACHIM, Die Verfassungsorientierung der Gesetzesauslegung, Verfassungskonforme Auslegung oder vertikale Normendurchdringung?, Diss., Berlin 1966 (zit. Burmeister, Verfassungsorientierung, S. ...)
- BUSSE DIETRICH, Juristische Semantik: Grundfragen der juristischen Interpretationstheorie in sprachwissenschaftlicher Sicht, Schriften zur Rechtstheorie, Heft 157, Berlin 1993 (zit. Busse, Juristische Semantik, S. ...)
- BYDLINSKI FRANZ, Juristische Methodenlehre und Rechtsbegriff, 2. A., Wien/New York 2011 (zit. Bydlinski, Methodenlehre, S. ...)
- CALLIESS CHRISTIAN, § 44: Schutzpflichten, in: Merten Detlef/Papier Hans-Jürgen (Hrsg.), Handbuch der Grundrechte, Bd. II, Grundrechte in Deutschland: Allg. Lehren I, Heidelberg 2006, S. 963 ff. (zit. Calliess, Schutzpflichten, § 44 N. ...)
- CALLIESS CHRISTIAN, Die grundrechtliche Schutzpflicht im mehrpoligen Verfassungsrechtsverhältnis, in: JuristenZeitung, Vol. 61 (2006), Issue 7, S. 321 ff. (zit. Calliess, Schutzpflicht im mehrpoligen Verfassungsrechtsverhältnis, S. ...)
- CAMPICHE EDOUARD GEORGES, Die verfassungskonforme Auslegung: Stellung in der Auslegungskontrolle und Abgrenzung zur Normenkontrolle, Diss., Zürich 1978 (zit. Campiche, Verfassungskonforme Auslegung, S. ...)

- CARDOZO BENJAMIN N., *The Nature of the Judicial Process*, New Haven 1921 (zit. Cardozo, *Judicial Process*, S. ...)
- CHIARIELLO ELISABETH, *Der Richter als Verfassungsgeber? – Zur Fortbildung von Grundlagen des Rechtsstaats und der Demokratie durch höchste Gerichte: das Phänomen Richterrecht exemplarisch dargestellt im Rahmen der grundrechtlichen Judikatur der Schweiz, Deutschlands und der europäischen Gerichtsbarkeiten* (EGMR, EuGH), Habil., Bern 2009 (zit. Chiariello, *Richter*, S. ...)
- COING HELMUT, *Zur Ermittlung von Sätzen des Richterrechts*, in: *JuS* 1975, S. 277 ff. (zit. Coing, *Präjudizien*, S. ...)
- CROSS RUPERT/HARRIS JAMES W., *Precedent in English Law*, 4. A., Oxford 1991 (zit. Cross/Harris, *Precedent*, S. ...)
- DEPENHEUER OTTO, *Der Wortlaut als Grenze: Thesen zu einem Topos der Verfassungsinterpretation*, Heidelberg 1988 (zit. Depenheuer, *Wortlaut*, S. ...)
- DONZALLAZ YVES, *Loi sur le Tribunal fédéral, Commentaire*, Bern 2008 (zit. Donzallaz, *LTF*)
- DUBS HANS, *Die «ratio legis» in der bundesgerichtlichen Argumentation*, in: *Die Bedeutung der «Ratio legis»*, Kolloquium der Juristischen Fakultät der Universität Basel, Basel/Genf/München 2001, S. 21 ff. (zit. Dubs, *Ratio legis*, S. ...)
- DURHAM TAYLOR LISA M., *Parsing Supreme Court Dicta to Adjudicate Non-Workplace Harms*, in: *Drake Law Review*, Vol. 57 (2008), S. 75 ff. (zit. Durham Taylor, *Supreme Court Dicta*, S. ...)
- ECKHOFF TORSTEIN, *Zur Rechtschöpfungsfunktion der Gerichte*, in: Harenburg Jan et al. (Hrsg.), *Rechtlicher Wandel durch richterliche Entscheidung: Beiträge zu einer Entscheidungstheorie der richterlichen Innovation*, Darmstadt 1980, S. 391 ff. (zit. Eckhoff, *Rechtschöpfungsfunktion*, S. ...)
- EISLER RUDOLF, *Kant-Lexikon. Nachschlagewerk zu Kants sämtlichen Schriften, Briefen und handschriftlichem Nachlass*, Hildesheim 2008 (zit. Eisler, *Kant*, S. ...)
- ENGISCH KARL, *Aufgaben einer Logik und Methodik des juristischen Denkens*, in: Bockelmann Paul/Kaufmann Arthur/Klug Ulrich (Hrsg.), *Beiträge zur Rechtstheorie*, Frankfurt a.M. 1984, S. 65 ff. (zit. Engisch, *Aufgaben*, S. ...)
- ENGISCH KARL, *Einführung in das juristische Denken*, 11. A., Stuttgart 2010 (zit. Engisch, *Einführung*, S. ...)
- ENGISCH KARL, *Logische Studien zur Gesetzesanwendung*, 3. A., Heidelberg 1963 (zit. Engisch, *Studien*, S. ...)
- EPINEY ASTRID/METZ BEATE/PIRKER BENEDIKT, *Zur Parallelität der Rechtsentwicklung in der EU und in der Schweiz: Ein Beitrag zur rechtlichen Tragweite der «Bilateralen Abkommen»*, Zürich 2012 (zit. Epiney et al., *Parallelität*, S. ...)
- ESSER JOSEF, *In welchem Ausmass bilden Rechtsprechung und Lehre Rechtsquellen?*, in: *Zeitschrift für vergleichende Rechtswissenschaft (ZVglRWiss)* 75 (1976), S. 67 ff. (zit. Esser, *Rechtsprechung*, S. ...)

- ESSER JOSEF, Vorverständnis und Methodenwahl in der Rechtsfindung: Rationalitätsgarantien der richterlichen Entscheidungspraxis, Frankfurt a.M. 1970 (zit. Esser, Vorverständnis, S. ...)
- ESSLER WILHELM K./MARTÍNEZ CRUZADO ROSA FERNANDA/LABUDE JOACHIM, Grundzüge der Logik, Bd. I: Das logische Schliessen, Frankfurt a.M. 2001 (zit. Essler/Martínez Cruzado/Labude, Grundzüge der Logik, S. ...)
- Europäisches Unionsrecht, Vertrag über die Europäische Union – Vertrag über die Arbeitsweise der Europäischen Union – Charta der Grundrechte der Europäischen Union. Kommentar, Hrsg.: von der Groeben Hans/Schwarze Jürgen/Hatje Armin, 7. A., Baden-Baden 2015 (zit. Europäisches Unionsrecht, Autor, N. ... ad Art. ...)
- FEIX STEFAN, Massstäbe für eine gelungene richterliche Rechtsfortbildung, Diss., Berlin 2020 (zit. Feix, Massstäbe, S. ...)
- FIKENTSCHER WOLFGANG, Methoden des Rechts in vergleichender Darstellung, Bd. 2, Tübingen 1975 (zit. Fikentscher, Methoden, S. ...)
- FILIP DUMITRU, The Role of Legitimate Expectations in Establishing a Jurisprudence Constante in International Investment Law, *Manchester Review of Law, Crime and Ethics*, 5, 2016, S. 28 ff. (zit. Filip, Expectations, S. ...)
- FLANDERS CHAD, Toward a Theory of Persuasive Authority, in: *Oklahoma Law Review*, Vol. 62 (1/2009), S. 55 ff. (zit. Flanders, Theory of Persuasive Authority, S. ...)
- FONTANA KATHARINA, «Der Richter und sein Lenker» («Demokratie statt Richterstaat»); später umbenannt in «Richter mögen klüger sein als der Durchschnitt, sie sind aber keine Hüter der absoluten Wahrheit», *NZZ* vom 15. Juni 2017
- FORSTMOSER PETER/VOGT HANS-UELI, Einführung in das Recht, 5. A., Bern 2012 (zit. Forstmoser/Vogt, Einführung, § ... N. ...)
- FREGE GOTTLÖB, Funktion, Begriff, Bedeutung: Fünf logische Studien, von Patzig Günther (Hrsg.), Göttingen 2008 (zit. Frege, Funktion, S. ...)
- FREGE GOTTLÖB, Über Begriff und Gegenstand, in: *Vierteljahresschrift für wissenschaftliche Philosophie* 16, 1892, S. 192 ff. (zit. Frege, Begriff und Gegenstand, S. ...)
- GABRIEL GOTTFRIED, Subsumierende und reflektierende Urteilskraft, in: Gabriel Gottfried/Gröschner Rolf (Hrsg.), *Subsumtion: Schlüsselbegriff der Juristischen Methodenlehre*, Tübingen 2012, S. 1 ff. (zit. Gabriel, Urteilskraft, S. ...)
- GÄCHTER THOMAS, Rechtsanwendung, in: Biaggini Giovanni/Gächter Thomas/Kiener Regina (Hrsg.), *Staatsrecht*, 2. A., Zürich/St. Gallen 2015 (zit. Gächter, Rechtsanwendung, § 26 N. ...)
- GÄCHTER THOMAS, Rechtsmissbrauch im öffentlichen Recht: Unter besonderer Berücksichtigung des Bundessozialversicherungsrechts: Ein Beitrag zu Treu und Glauben, Methodik und Gesetzeskorrektur im öffentlichen Recht, Habil., Zürich 2005 (zit. Gächter, Rechtsmissbrauch, S. ...)
- GADAMER HANS-GEORG, Replik, in: *Theoriediskussion. Hermeneutik und Ideologiekritik*, hrsg. von Jürgen Habermas, Dieter Henrich und Jacob Taubes, Frankfurt a.M. 1971 (zit. Gadamer, Replik, S. ...)

- GADAMER HANS-GEORG, Wahrheit und Methode. Grundzüge einer philosophischen Hermeneutik, 2. A., Tübingen 1965 (zit. Gadamer, Wahrheit, S. ...)
- GADAMER HANS-GEORG, Wahrheit und Methode. Grundzüge einer philosophischen Hermeneutik, 7. A., Tübingen 2010 (zit. Gadamer, Wahrheit, 7. A., S. ...)
- GAST WOLFGANG, Juristische Rhetorik, 5. A., Heidelberg 2015 (zit. Gast, Rhetorik, Rz. ...)
- GAUCH PETER, Wie Gerichte das Recht erfinden, Vortrag EIZ Zürich, 20. April 2018 (zit. Gauch, Vortrag EIZ, 20. April 2018)
- GERHARDT MICHAEL J., Super Precedent, in: Minnesota Law Review, Vol. 90 (2006), S. 1204 ff. (zit. Gerhardt, Super Precedent, S. ...)
- GERHARDT MICHAEL J., The Power of Precedent, Oxford 2008 (zit. Gerhardt, Power of Precedent, S. ...)
- GERMANN OSCAR ADOLF, Durch die Judikatur erzeugte Rechtsnormen, Beitrag zu diesen Problemen, Zürich 1976 (zit. Germann, Judikatur, S. ...)
- GLENSY REX D., Which Countries Count: Lawrence v. Texas and the Selection of Foreign Persuasive Authority, in: Virginia Journal of International Law, Vol. 45 (2005), S. 357 ff. (zit. Glensy, Selection, S. ...)
- GOETHE JOHANN WOLFGANG, Werke, Hamburger Ausgabe in 14 Bänden, 12. Bd., 9. A., München 1981 (zit. Goethe, Werke, S. ...)
- GRÄFIN VON SCHLIEFFEN KATHARINA, Subsumtion als Darstellung der Herstellung juristischer Urteile, in: Gabriel Gottfried/Gröschner Rolf (Hrsg.), Subsumtion: Schlüsselbegriff der Juristischen Methodenlehre, Tübingen 2012, S. 379 ff. (zit. Gräfin von Schlieffen, Subsumtion)
- GRIMM DIETER, Verfassung, in: Görres-Gesellschaft (Hrsg.), Staatslexikon: Recht – Wirtschaft – Gesellschaft, Bd. 5, 7. A., Freiburg 1989, S. 633 ff. (zit. Grimm, Verfassung, S. ...)
- GRISEL ANDRÉ, A propos de la hiérarchie des normes juridiques, in: ZBl 1987, S. 377 ff. (zit. A. Grisel, Hiérarchie, S. ...)
- GRÖSCHNER ROLF, Dialogik und Jurisprudenz: Die Philosophie des Dialogs als Philosophie der Rechtspraxis, Tübingen 1982 (zit. Gröschner, Dialogik, S. ...)
- GRÖSCHNER ROLF, Judiz – was ist das und wie läßt es sich erlernen?, in: JuristenZeitung (JZ) 1987, S. 903 ff. (zit. Gröschner, Judiz, S. ...)
- GRÖSCHNER ROLF, Logik und Dialogik der Subsumtion, in: Gabriel Gottfried/Gröschner Rolf (Hrsg.), Subsumtion: Schlüsselbegriff der Juristischen Methodenlehre, Tübingen 2012, S. 421 ff. (zit. Gröschner, Logik, S. ...)
- GRÖSCHNER ROLF, Rechtsdogmatik, in: Hilgendorf Eric/Joerden Jan C. (Hrsg.), Handbuch Rechtsphilosophie, Stuttgart 2017 (zit. Gröschner, Rechtsdogmatik, S. ...)
- GRÖSCHNER ROLF, Subsumtion – Technik oder Theorie?, in: Würzburger Vorträge zur Rechtsphilosophie, Rechtstheorie und Rechtssoziologie (Buch 47), Vortrag vom 20. Juni 2013, Baden-Baden 2014 (zit. Gröschner, Technik, S. ...)

- HÄBERLE PETER, Grundrechtsgeltung und Grundrechtsinterpretation im Verfassungsstaat – Zugleich zur Rechtsvergleichung als «fünfter» Auslegungsmethode, *JuristenZeitung* (JZ), 44. Jg., Nr. 20 (1989), S. 913 ff. (zit. Häberle, Grundrechtsinterpretation, S. ...)
- HÄFELIN ULRICH, Die verfassungskonforme Auslegung und ihre Grenzen, in: *Recht als Prozess und Gefüge*, FS Hans Huber, Bern 1981, S. 241 ff. (zit. Häfelin, Auslegung, S. ...)
- HÄFELIN ULRICH/HALLER WALTER/KELLER HELEN/THURNHERR DANIELA, *Schweizerisches Bundesstaatsrecht*, 9. A., Zürich 2016 (zit. Häfelin/Haller/Keller/Thurnherr, *Schweizerisches Bundesstaatsrecht*, Rz. ...)
- HÄFELIN ULRICH/MÜLLER GEORG/UHLMANN FELIX, *Allgemeines Verwaltungsrecht*, 7. A., Zürich/St. Gallen 2016 (zit. Häfelin/Müller/Uhlmann, *Verwaltungsrecht*, Rz. ...)
- HAFT FRITJOF, *Juristische Rhetorik*, 8. A., Freiburg 2009 (zit. Haft, *Rhetorik*, S. ...)
- HALDEMANN FRANK, Verantwortung als Verfassungsprinzip: Die schweizerische Verfassungsordnung im Spannungsfeld der Verantwortungethik, Diss., Zürich 2003 (zit. Haldemann, *Verantwortung*, S. ...)
- HALLER WALTER, Verfassungsfortbildung durch Richterrecht, ZSR 124/2005 I, S. 5 ff. (zit. Haller, *Verfassungsfortbildung*, S. ...)
- HANGARTNER YVO, Ausbau der Verfassungsgerichtsbarkeit, AJP 1995, S. 1013 ff. (zit. Hangartner, *Verfassungsgerichtsbarkeit*, S. ...)
- HÄNNI JULIA, Die Straferwartung der Gesellschaft unter besonderer Berücksichtigung der direkten Demokratie – Gedanken zur Umsetzung von Art. 121 BV und der sog. Härtefallklausel, in: ZStrR, Bd. 136 (2018), Sonderheft: Strafrecht und Moral, S. 11 ff. (zit. Hänni, *Straferwartung der Gesellschaft*, S. ...)
- HÄNNI JULIA, Die Unabhängigkeit ist eine zarte Pflanze, *Schweizer Monat*, Ausgabe 1082, Dezember 2020, S. 10 ff. (zit. Hänni, *Unabhängigkeit*, S. ...)
- HÄNNI JULIA, Gefühl und juristisches Urteil. Die phänomenologischen Grundlagen der Rechtsfindung, in: Bäcker Carsten/Ziemann Sascha (Hrsg.), *Junge Rechtsphilosophie*, Archiv für Rechts- und Sozialphilosophie – Beihefte (ARSP-B) 135, Stuttgart 2012, S. 77 ff. (zit. Hänni, *Gefühl und juristisches Urteil*, S. ...)
- HÄNNI JULIA, Glaubens- und Gewissensfreiheit: Überblick über die aktuelle Auslegung von Art. 15 BV, in: Hänni Julia/Heselhaus Sebastian/Loretan Adrian (Hrsg.), *Religionsfreiheit im säkularen Staat*, Zürich/St. Gallen 2019, S. 1 ff. (zit. Hänni, *Glaubens- und Gewissensfreiheit*, S. ...)
- HÄNNI JULIA, Juristische Hermeneutik – die Sinnermittlung der Juristen, in: Bäcker Carsten/Klatt Matthias/Zucca-Soest Sabrina (Hrsg.), *Sprache – Recht – Gesellschaft*, Tagungsband zur Akademiekonferenz am 14.–16. Juli 2016 in Hamburg, Tübingen 2012, S. 75 ff. (zit. Hänni, *Hermeneutik*, S. ...)

- HÄNNI JULIA, Ludwig Wittgenstein und die juristische Hermeneutik. Zur Korrelation von Welt, Sprache und Ethik, in: Senn Marcel/Fritsch Barbara (Hrsg.), Rechtswissenschaft und Hermeneutik. Kongress der Schweizerischen Vereinigung für Rechts- und Sozialphilosophie, 16. und 17. Mai 2008, Universität Zürich, Archiv für Rechts- und Sozialphilosophie, ARSP, Beiheft 117, Stuttgart 2009, S. 209 ff. (zit. Hänni, Wittgenstein, S. ...)
- HÄNNI JULIA, Menschenrechtsverletzungen infolge Klimawandels. Voraussetzungen und Herausforderungen. Dargestellt am Beispiel der EMRK, in: EuGRZ, Jg. 46, Heft 1–6 (2019), S. 1 ff. (zit. Hänni, Menschenrechtsverletzungen, S. ...)
- HÄNNI JULIA, Phänomenologie der juristischen Entscheidung, in: Koppelberg Dirk/Landeweer Hilge (Hrsg.), Recht und Emotion, Verkannte Zusammenhänge, München 2016, S. 227 ff. (zit. Hänni, Phänomenologie, S. ...)
- HÄNNI JULIA, Rechtsphilosophie, Zürich/St. Gallen 2019 (zit. Hänni, Rechtsphilosophie, S. ...)
- HÄNNI JULIA, Vom Gefühl am Grund der Rechtsfindung: Rechtsmethodik, Objektivität und Emotionalität in der Rechtsanwendung, Diss., Berlin 2011 (zit. Hänni, Gefühl am Grund der Rechtsfindung, S. ...)
- HANSFORD THOMAS G./SPRIGGS II JAMES F., The Politics of Precedent on the U.S. Supreme Court, Princeton 2006 (zit. Hansford/Spriggs II, Precedent, S. ...)
- HARDY JÖRG/SCHAMBERGER CHRISTOPH, Logik der Philosophie. Einführung in die Logik und Argumentationstheorie, 2. A., Göttingen 2018 (zit. Hardy/Schamberger, Argumentationstheorie, S. ...)
- HARTMANN NICOLAI, Das Problem des geistigen Seins: Untersuchungen zur Grundlegung der Geschichtsphilosophie und der Geisteswissenschaften, Berlin 1933 (zit. Hartmann, Sein, S. ...)
- HEGEL GEORG WILHELM FRIEDRICH, Wissenschaft der Logik, Hrsg.: von Henning Leopold, Berlin 1833 (zit. Hegel, Logik, S. ...)
- HERBERT MANFRED, Rechtstheorie als Sprachkritik. Zum Einfluss Wittgensteins auf die Rechtstheorie (Studien zur Rechtsphilosophie und Rechtstheorie, hrsg. von Alexy Robert und Dreier Ralf, Bd. 8), Baden-Baden 1995 (zit. Herbert, Sprachkritik, S. ...)
- HESSE KONRAD, Grundzüge des Verfassungsrechts der Bundesrepublik Deutschland, 20. A., Heidelberg 1999 (zit. Hesse, Grundzüge, N. ...)
- HOFFMANN-RIEM WOLFGANG, Kontrolldichte und Kontrollfolgen beim nationalen und europäischen Schutz von Freiheitsrechten in mehrpoligen Rechtsverhältnissen – Aus Sicht des Bundesverfassungsgerichts, in: EuGRZ 2006, S. 492 ff. (zit. Hoffmann, Kontrolldichte, S. ...)
- HONSELL HEINRICH/MAYER-MALY THEO, Rechtswissenschaft: Die Grundlagen des Rechts, 7. A., Bern 2017 (zit. Honsell/Mayer-Maly, Rechtswissenschaft, S. ...)

- HOTTELIER MICHEL, § 207: Grundrechtskonkurrenzen und Grundrechtskollisionen, in: Merten Detlef/Papier Hans-Jürgen/Müller Jörg Paul/Thürer Daniel (Hrsg.), Handbuch der Grundrechte in Deutschland und Europa, Bd. VII/2, Grundrechte in der Schweiz und in Liechtenstein, Heidelberg 2007 (zit. Hottelier, Grundrechtskonkurrenzen, § 207 N. ...)
- HUBER EUGEN, Recht und Rechtsverwirklichung: Probleme der Gesetzgebung und der Rechtsphilosophie, Basel 1921 (zit. E. Huber, Recht)
- HUBER HANS, Die Rechtsprechung des Bundesgerichts im Jahre 1957, ZBJV 1958, S. 457 ff. (zit. H. Huber, Rechtsprechung, S. ...)
- HUGI YAR THOMAS, Von Trennungen, Härtefällen und Delikten – Ausländerrechtliches rund um die Ehe- und Familiengemeinschaft, Jahrbuch für Migrationsrecht 2012/2013, Bern 2013, S. 31 ff. (zit. Hugi Yar, Von Trennungen, Härtefällen und Delikten, S. ...)
- HÜRLIMANN-KAUP/SCHMID JÖRG, Einleitungsartikel des ZGB und Personenrecht, Zürich etc. 2016 (zit. Hürlimann-Kaup/Schmid, Einleitungsartikel, N. ...)
- HUSSERL EDMUND, Ideen zu einer reinen Phänomenologie und phänomenologischen Philosophie, Jahrbuch für Philosophie und phänomenologische Forschung, Bd. 1, Halle a.d.S. 1913 (zit. Husserl, Ideen, § ...)
- HUSSERL EDMUND, Logik: Vorlesung 1896, Schuhmann Elisabeth (Hrsg.), Dordrecht/Boston/London 2001 (zit. Husserl, Logik, S. ...)
- HUSSERL EDMUND, Logische Untersuchungen, Hamburg 2009 (zit. Husserl, Untersuchungen, S. ...)
- JAAG TOBIAS/HÄNNI JULIA, Europarecht: Die europäischen Institutionen aus schweizerischer Sicht, 4. A., Zürich/Basel/Genf 2015 (zit. Jaag/Hänni, Europarecht, N. ...)
- JOERDEN JAN, Logik im Recht. Grundlagen und Anwendungsbeispiele, 3. A., Berlin/Heidelberg 2018 (zit. Joerden, Logik, S. ...)
- KÄHLER LORENZ, Strukturen und Methoden der Rechtsprechungsänderung, 2. A., Baden-Baden 2011 (zit. Kähler, Rechtsprechungsänderung, S. ...)
- KÄLIN WALTER, Der Geltungsgrund des Grundsatzes «Völkerrecht bricht Landesrecht», in: Festgabe zum Schweizerischen Juristentag 1988, ZBJV 124bis/1988, S. 45 ff. (zit. Kälin, Völkerrecht bricht Landesrecht, S. ...)
- KANT IMMANUEL, Kritik der reinen Vernunft, 2. A., in: Königlich Preussische Akademie der Wissenschaften (Hrsg.), Kant's Gesammelte Schriften, Bd. 3, Berlin 1911, S. 1 ff. (zit. Kant, KrV)
- KANT IMMANUEL, Preisschrift über die Fortschritte der Metaphysik, in: Königlich Preussische Akademie der Wissenschaften (Hrsg.), Kant's Gesammelte Schriften, Bd. 20, Berlin 1942, S. 253 ff. (zit. Kant, Fortschritte der Metaph.)
- KANT IMMANUEL, Prolegomena zu einer jeden künftigen Metaphysik, die als Wissenschaft wird auftreten können, Rosenkranz Karl (Hrsg.), Leipzig 1838 (zit. Kant, Prolegomena, S. ...)
- KAUFMANN ARTHUR, Analogie und «Natur der Sache», 2. A., Heidelberg 1982 (zit. Kaufmann, Analogie, S. ...)

- KAUFMANN ARTHUR, Das Verfahren der Rechtsgewinnung. Eine rationale Analyse: Deduktion, Induktion, Abduktion, Analogie, Erkenntnis, Dezision, Macht, München 1999 (zit. Kaufmann, Rechtsgewinnung, S. ...)
- KELSEN HANS, Reine Rechtslehre, 2. A., Wien 1960 (zit. Kelsen, Rechtslehre, S. ...)
- KEMMERER ALEXANDRA, Der normative Knoten: Über Recht und Politik im Netz der Netzwerke, in: Boysen Sigrid et al. (Hrsg.), Netzwerke 2007, S. 195 ff. (zit. Kemmerer, Knoten, S. ...)
- KIENER REGINA, Richterliche Unabhängigkeit: Verfassungsrechtliche Anforderungen an Richter und Gerichte, Bern 2001 (zit. Kiener, Richterliche Unabhängigkeit, S. ...)
- KIERKEGAARD SØREN, Gesammelte Werke, Philosophische Brocken, De omnibus debutandum est, Zehnte Abteilung, übers. von Emanuel Hirsch, Düsseldorf/Köln 1952 (zit. Kierkegaard, Philosophische Brocken, S. ...)
- KISCHEL UWE, Comparative Law, Oxford 2019 (zit. Kischel, Comparative Law, S. ...)
- KLATT MATTHIAS, Die Wortlautgrenze, in: Recht verhandeln. Argumentieren, Begründen und Entscheiden im Diskurs des Rechts, in: Lerch Kent D. (Hrsg.), Die Sprache des Rechts, Studien der interdisziplinären Arbeitsgruppe Sprache des Rechts der Berlin-Brandenburgischen Akademie der Wissenschaften, Bd. 2, Berlin 2005 (zit. Klatt, Wortlautgrenze, S. ...)
- KLUG ULRICH, Juristische Logik, 4. A., Berlin/Heidelberg/New York 1982 (zit. Klug, Logik, S. ...)
- KOCH HANS-JOACHIM/RÜSSMANN HELMUT, Juristische Begründungslehre: Eine Einführung in Grundprobleme der Rechtswissenschaft, München 1982 (zit. Koch/Rüssmann, Begründungslehre, S. ...)
- KOMMENTAR zur alten Bundesverfassung der schweizerischen Eidgenossenschaft vom 29. Mai 1874, Aubert Jean-François et al. (Hrsg.), Basel/Zürich/Bern 1996 (zit. altBV-Komm, Autor, N. ... ad Art. ...)
- KRAMER ERNST, Juristische Methodenlehre, 6. A., Bern 2019 (zit. Kramer, Methodenlehre, 6. A., S. ...)
- KRIELE MARTIN, Rechtsgefühl und Legitimität der Rechtsordnung, in: Lampe Ernst-Joachim (Hrsg.), Das sogenannte Rechtsgefühl, Jahrbuch für Rechtssoziologie und Rechtstheorie, Bd. 10, Bad Feilnbach 1985, S. 23 ff. (zit. Kriele, Rechtsgefühl und Legitimität, S. ...)
- KWOK, JUDY S., The Perils of Bright Lines: Section 6110(K)(3) and the Ambiguous Precedential Status of Written Determinations, Virginia Tax Review, vol. 24, No. 4, 2005, S. 863 ff. (zit. Kwok, Perils, S. ...)
- LAMOND GRANT, Persuasive Authority in the Law, in: Harvard Review of Philosophy, Vol. 17 (2010), S. 16 ff. (zit. Lamond, Persuasive Authority, S. ...)
- LANDWEER HILGE, Warum Normen allein nicht reichen. Sinn für Angemessenheit und Rechtsgefühl in rechtsästhetischer Perspektive, in: Eva Schürmann / Levno von Plato (Hrsg.), Rechtsästhetik in rechtsphilosophischer Absicht, Baden Baden 2020, S. 63 ff.

- LARENZ KARL, Methodenlehre der Rechtswissenschaft, Berlin/Göttingen/Heidelberg 1960 (zit. Larenz, Methodenlehre 1960, S. ...)
- LARENZ KARL, Methodenlehre der Rechtswissenschaft, 6. A., Berlin 1991 (zit. Larenz, Methodenlehre 1991, S. ...)
- LEGE JOACHIM, Pragmatismus und Jurisprudenz, Tübingen 1999 (zit. Lege, Pragmatismus, S. ...)
- LEIBNIZ GOTTFRIED WILHELM, Akademie Ausgabe: Sämtliche Schriften und Briefe, Reihe IV, Bd. 4: 1680–1692, Berlin 2001 (zit. Leibniz, Schriften und Briefe, S. ...)
- LEMBCKE OLIVER W., Hüter der Verfassung: eine institutionentheoretische Studie zur Autorität des Bundesverfassungsgerichts, Tübingen 2007 (zit. Lembcke, Hüter der Verfassung, S. ...)
- LEMBCKE OLIVER W., Urteilkraft in der Praxis des Bundesverfassungsgerichts: Eine Erinnerung an Hannah Arendt, in: Gabriel Gottfried/Gröschner Rolf (Hrsg.), Subsumtion: Schlüsselbegriff der Juristischen Methodenlehre, Tübingen 2012, S. 73 ff. (zit. Lembcke, Praxis, S. ...)
- LOCHER PETER, Grenzen der Rechtsfindung im Steuerrecht, Bern 1983 (zit. Locher, Rechtsfindung, S. ...)
- LOOSER MARTIN E., Verfassungsgerichtliche Rechtskontrolle gegenüber schweizerischen Bundesgesetzen: Eine Bestandesaufnahme unter Berücksichtigung der amerikanischen und deutschen Verfassungsgerichtsbarkeit, der Geschichte der schweizerischen Verfassungsgerichtsbarkeit sowie der heutigen bundesgerichtlichen Praxis, Diss., Zürich/St. Gallen 2011 (zit. Looser, Rechtskontrolle, S. ...)
- LOUIS PATRIK/SCHINDLER BENJAMIN, Verwaltungsrecht und Grundrechte als «Türen» zum öffentlichen Raum: Über unterschiedliche Begründungsansätze in der bundesgerichtlichen Rechtsprechung zur Nutzung des öffentlichen Raums, in: AJP, Jg. 22 (2013), Nr. 5, S. 796 ff. (zit. Louis/Schindler, Verwaltungsrecht und Grundrechte, S. ...)
- LUHMANN NIKLAS, Die Paradoxie des Entscheidens, in: Verwaltungsarchiv 84 (1993), S. 287 ff. (zit. Luhmann, Paradoxie des Entscheidens, S. ...)
- LUMINATI MICHELE/CONTARINI FILIPPO, Das Richterbild in der Schweiz: richterliche Unabhängigkeit auf dem Prüfstand, in: Zeitschrift für Schweizerisches Recht (ZSR) 138/II/2019, S. 201 ff. (zit. Luminati/Contarini, Richterbild, S. ...)
- MAHON PASCAL, Le principe de la séparation des pouvoirs, in: Thürer Daniel/Aubert Jean-François/Müller Jörg Paul (Hrsg.), Verfassungsrecht der Schweiz, Zürich 2001 (zit. Mahon, Principe, § ... N. ...)
- MEIER CHRISTOPH, Zur Diskussion über das Rechtsgefühl, Diss., Berlin 1986 (zit. Meier, Diskussion, S. ...)
- MERKL ADOLF JULIUS, Gesetzesrecht und Richterrecht (1922), in: Merkl A. J. (Hrsg.), Gesammelte Schriften, Bd. I/1, Berlin 1993, S. 317 ff. (zit. Merkl, Gesetzesrecht und Richterrecht, S. ...)

- MEYER-BLASER ULRICH, Die Bedeutung von Art. 4 Bundesverfassung für das Sozialversicherungsrecht, in: ZSR NF 111 (1992) II, S. 299 ff. (zit. Meyer-Blaser, Bedeutung, S. ...)
- MÖLLERS CHRISTOPH, Gewaltengliederung: Legitimation und Dogmatik im nationalen und internationalen Rechtsvergleich, Habil., Tübingen 2005 (zit. Möllers, Gewaltengliederung, S. ...)
- MOOR PIERRE, Für eine mikropolitische Theorie des Rechts, Bern 2011 (zit. Moor, Mikropolitische Theorie, S. ...)
- MOOR PIERRE/FLÜCKIGER ALEXANDRE/MARTENET VINCENT, Droit administratif, Vol. I, 3. A., Bern 2012 (zit. Moor/Flückiger/Martenet, Droit administratif, S. ...)
- MORLOK MARTIN/KÖLBEL RALF/LAUNHARDT AGNES, Recht als soziale Praxis. Eine soziologische Perspektive in der Methodenlehre, in: Rechtstheorie 31 (1/2000), S. 15 ff. (zit. Morlok/Köbel/Launhardt, Rechtstheorie, S. ...)
- MÜLLER FRIEDRICH/CHRISTENSEN RALPH, Juristische Methodik, 8. A., Berlin 2002 (zit. F. Müller/Christensen, Methodik, S. ...)
- MÜLLER GEORG, Die Drittwirkung der Grundrechte: Überblick über den Stand der Diskussion in Lehre und Rechtsprechung, in: ZBl 79 (1978), S. 233 ff. (zit. G. Müller, Drittwirkung, S. ...)
- MÜLLER JAN, Arbeiten, Handeln, Wissen: Tätigkeitstheoretische Untersuchungen zu einem dialektischen Arbeitsbegriff, Diss. (Phil.), Stuttgart 2010 (zit. J. Müller, Arbeiten, S. ...)
- MÜLLER JÖRG PAUL, Elemente einer schweizerischen Grundrechtstheorie, Bern 1982 (zit. J. P. Müller, Grundrechtstheorie, S. ...)
- MÜLLER JÖRG PAUL, Grundrechtliche Anforderungen an Entscheidungsstrukturen, in: Müller Georg (Hrsg.), Staatsorganisation und Staatsfunktionen im Wandel: FS Kurt Eichenberger, Basel 1982, S. 169 ff. (zit. J. P. Müller, Anforderungen, S. ...)
- MÜLLER JÖRG PAUL, Koordination des Grundrechtsschutzes in Europa, in: ZSR 124 II (2005) S. 9 ff. (zit. J. P. Müller, Koordination des Grundrechtsschutzes, S. ...)
- MÜLLER JÖRG PAUL, Soziale Grundrechte in der Verfassung?, in: ZSR 92 (1973), S. 687 ff. (zit. J. P. Müller, Grundrechte, S. ...)
- MÜLLER JÖRG PAUL, Verwirklichung der Grundrechte nach Art. 35 BV: Der Freiheit Chancen geben, Bern 2018 (zit. J. P. Müller, Freiheit, S. ...)
- NEUMANN ULFRID, Subsumtion als regelorientierte Fallentscheidung, in: Gabriel Gottfried/Gröschner Rolf (Hrsg.), Subsumtion: Schlüsselbegriff der Juristischen Methodenlehre, Tübingen 2012, S. 311 ff. (zit. Neumann, Subsumtion, S. ...)
- OESCH MATTHIAS, Differenzierung und Typisierung, Zur Dogmatik der Rechtsgleichheit in der Rechtsetzung, Habil., Bern 2008 (zit. Oesch, Rechtsgleichheit, S. ...)
- OETER STEFAN/MERLI FRANZ, Rechtsprechungskonkurrenz zwischen nationalen Verfassungsgerichten, Europäischem Gerichtshof und Europäischem Gerichtshof für Menschenrechte, in: Veröffentlichung der Vereinigung der Deutschen Staatsrechtslehrer, Jahrestagung 2006, Tagungsband 66: Bundesstaat und Europäische Union zwischen

- Konflikt und Kooperation, Berlin/Boston 2007, S. 361 ff. (zit. Oeter/Merli, Rechtsprechungskonkurrenz, S. ...)
- OGOREK REGINA, Der Wortlaut des Gesetzes: Auslegungsgrenze oder Freibrief?, in: Forstmoser Peter et al. (Hrsg.), *Rechtsanwendung in Theorie und Praxis: Symposium zum 70. Geburtstag von Arthur Meier-Hayoz*, ZSR-Beiheft, Nr. 15, Basel 1993, S. 21 ff. (zit. Ogorek, Wortlaut, S. ...)
- OHLY ANSGAR, Generalklausel und Richterrecht, in: AcP, Bd. 201, Heft 1 (2001), S. 1 ff. (zit. Ohly, Generalklausel, S. ...)
- OTT EDWARD EMIL, *Die Methode der Rechtsanwendung*, Habil., Zürich 1979 (zit. Ott, Rechtsanwendung, S. ...)
- PAWLOWSKI HANS-MARTIN, *Methodenlehre für Juristen*, 3. A., Heidelberg 1999 (zit. Pawlowski, Methodenlehre, Rz. ...)
- PAYANDEH MEHRDAD, *Judikative Rechtserzeugung: Theorie, Dogmatik und Methodik der Wirkungen von Präjudizien*, Habil., Tübingen 2017 (zit. PAYANDEH, Rechtserzeugung, S. ...)
- PERELMAN CHAÏM, La motivation des décisions de justice. Essai de synthèse, in: Perelman Chaïm/Foriers Paul (Hrsg.), *La motivation des décisions de justice*, Brüssel 1978, S. 415 ff. (zit. Perelman, Motivation, S. ...)
- PLATON, Menon, *Platon Werke in acht Bänden*, Bd. 2, von Gunther Eigler (Hrsg.), 5. A., Darmstadt 2005 (zit. Platon, Menon, S. ...)
- POPPER KARL R., Das Problem der Induktion, in: Karl Popper: *Lesebuch*, 2. A., Tübingen 1997, S. 85 ff. (zit. Popper, Induktion)
- PROBST THOMAS, *Die Änderung der Rechtsprechung*, Basel 1993 (zit. Probst, Änderung der Rechtsprechung)
- PUPPE INGEBOG, *Kleine Schule des juristischen Denkens*, 3. A., Göttingen 2014 (zit. Puppe, Juristisches Denken, S. ...)
- RADBRUCH GUSTAV, *Einführung in die Rechtswissenschaft*, 12. A., Stuttgart 1969 (zit. Radbruch, Einführung 1969, S. ...)
- RAFI ANUSHEH, *Kriterien für ein gutes Urteil*, Diss., Berlin 2004 (zit. Rafi, Gutes Urteil, S. ...)
- RAISCH PETER, *Juristische Methoden: Vom antiken Rom bis zur Gegenwart*, Heidelberg 1995 (zit. Raisch, Methoden, S. ...)
- RASELLI NICCOLÒ, Justiz-Initiative, in: ZSR, Bd. 138 (2019) I Heft 3, S. 269 ff. (zit. Raselli, Justiz-Initiative, S. ...)
- RASELLI NICCOLÒ, Präjudizien, in: «Justice - Justiz - Giustizia» 2020/1 (zit. Raselli, Präjudizien, S. ...)
- RASELLI NICCOLÒ, Richterliche Unabhängigkeit, in: «Justice – Justiz – Giustizia» 2011/3 (zit. Raselli, Unabhängigkeit, Rz. ...)
- RASELLI NICCOLÒ, Was sich ändern muss, FAZ.NET vom 19. August 2019, abrufbar unter <https://www.faz.net/-irf-9q8ql> (zit. Raselli, Was sich ändern muss)

- RAZ JOSEPH, *The Authority of Law: Essays on Law and Morality*, 2. A., Oxford 2009 (zit. Raz, *Authority of Law*, S. ...)
- RHINOW RENÉ, *Grundrechtstheorie, Grundrechtspolitik, Freiheitspolitik*, in: *Recht als Prozess und Gefüge*, FS Hans Huber, Bern 1981, S. 427 ff. (zit. Rhinow, *Grundrechtstheorie*, S. ...)
- RHINOW RENÉ, *Rechtsetzung und Methodik: Rechtstheoretische Untersuchungen zum gegenseitigen Verhältnis von Rechtsetzung und Rechtsanwendung*, Habil., Basel 1979 (zit. Rhinow, *Methodik*, S. ...)
- RHINOW RENÉ/SCHEFER MARKUS/UEBERSAX PETER, *Schweizerisches Verfassungsrecht*, 3. A., Basel 2016 (zit. Rhinow/Schefer/Uebersax, *Verfassungsrecht*, N. ...)
- RIEMER HANS MICHAEL, *Die Einleitungsartikel des schweizerischen Zivilgesetzbuches (Art. 1–10 ZGB): Eine Einführung*, 2. A., Bern 2003 (zit. Riemer, *Einleitungsartikel*, § ..., Rz. ...)
- RÖDIG JÜRGEN, *Die Theorie des gerichtlichen Erkenntnisverfahrens, Die Grundlinien des zivil-, straf- und verwaltungsgerichtlichen Prozesses*, Berlin/Heidelberg/New York 1973 (zit. Rödиг, *Erkenntnisverfahren*, S. ...)
- RÖDIG JÜRGEN, *Kritik des normlogischen Schließens, Theory and Decision*, Vol. 2, Issue 1 (October 1971), S. 79 ff. (zit. Rödиг, *Kritik*, S. ...)
- ROSAS ALLAN, *The European Court of Justice in Context: Forms and Patterns of Judicial Dialogue*, in: *EJLS 2007*, S. 6 ff.; abrufbar unter: www.ejls.eu (zit. Rosas, *ECJ*, S. ...)
- RÜTHERS BERND/FISCHER CHRISTIAN, *Rechtstheorie: Begriff, Geltung und Anwendung des Rechts*, 5. A., München 2010 (zit. Rüthers/Fischer, *Rechtstheorie*, Rz. ...)
- RÜTSCHÉ BERNHARD, *Die Rechtsgleichheit in Bewegung: Dogmatische Fortbildung von Art. 8 Abs. 1 BV*, *AJP* 2013, S. 1321 ff. (zit. Rütscнe, *Rechtsgleichheit*, S. ...)
- RÜTSCHÉ BERNHARD, *Rechtsfolgen von Grundrechtsverletzungen*, Diss., Basel/Genf/München 2002 (zit. Rütscнe, *Rechtsfolgen von Grundrechtsverletzungen*, S. ...)
- RÜTSCHÉ BERNHARD, *Verhältnismässigkeitsprinzip*, in: *Diggelmann Oliver/Hertig Randall Maya/Schindler Benjamin (Hrsg.), Verfassungsrecht der Schweiz, Band II*, Zürich 2020, S. 1049 ff. (zit. Rütscнe, *Verhältnismässigkeitsprinzip*, S. ...)
- RÜTSCHÉ BERNHARD/SCHNEIDER DANIELLE, *Die Sachverhaltsfeststellung als arbeitsteiliger Prozess: Ein neuer Blick auf den Untersuchungsgrundsatz im Verfahren*, in: *Festgabe zum Schweizerischen Juristentag 2011*, Zürich 2011, S. 67 ff. (zit. Rütscнe/Schneider, *Sachverhaltsfeststellung*, S. ...)
- SAFRANSKI RÜDIGER, *Das Unheil der Welt und das Glück der Philosophie*, *NZZ* vom 24. November 2018, S. 48 f. (zit. Safranski, *Philosophie*, S. ...)
- SAUER HEIKO, *Jurisdiktionskonflikte in Mehrebenensystemen: Die Entwicklung eines Modells zur Lösung von Konflikten zwischen Gerichten unterschiedlicher Ebenen in vernetzten Rechtsordnungen*, Berlin/Heidelberg 2008 (zit. Sauer, *Jurisdiktionskonflikte*)
- SCHAPP JAN, *Methodenlehre des Zivilrechts*, Tübingen 1998 (zit. Schapp, *Methodenlehre*, S. ...)

- SCHAUER FREDERICK, Authority and Authorities, in: Virginia Law Review, Vol. 94 (2008), S. 1931 ff. (zit. Schauer, Authority, S. ...)
- SCHAUER FREDERICK, Precedent, in: Stanford Law Review, Vol. 39 (1987), S. 571 ff. (zit. Schauer, Precedent, S. ...)
- SCHEFER MARKUS, Die Beeinträchtigung von Grundrechten: Zur Dogmatik von Art. 36 BV, Bern 2006 (zit. Schefer, Grundrechte, S. ...)
- SCHINDLER BENJAMIN, Verwaltungsermessen: Gestaltungskompetenzen der öffentlichen Verwaltung in der Schweiz, Habil., Zürich 2010 (zit. Schindler, Verwaltungsermessen, Rz. ...)
- SCHLÜCHTER ELLEN, Mittlerfunktion der Präjudizien, Berlin/New York 1986 (zit. Schlüchter, Präjudizien, S. ...)
- SCHLUEP WALTER R., Einladung zur Rechtstheorie, Bern 2006 (zit. Schluep, Rechtstheorie, N. ...)
- SCHMID JÖRG, Was ist bewährte Lehre? Überlegungen zu Art. 1 Abs. 3 ZGB, in: ders. (Hrsg.), Hommage für Peter Gauch, Zürich 2016, S. 191 ff. (zit. Schmid, Bewährte Lehre, S. ...)
- SCHNAPP FRIEDRICH, Logik für Juristen: Die Grundlagen der Denklehre und der Rechtsanwendung, 7. A., München 2016 (zit. Schnapp, Denklehre, S. ...)
- SCHÖNBERGER CHRISTOPH, Höchststrichterliche Rechtsfindung und Auslegung gerichtlicher Entscheidungen: Referat und Leitsätze, in: Höfling Wolfram (Hrsg.), Grundsatzfragen der Rechtsetzung und Rechtsfindung: Referate und Diskussionen auf der Tagung der Vereinigung der Deutschen Staatsrechtslehrer in Münster vom 5. bis 8. Oktober 2011, Berlin 2012, S. 296 ff. (zit. Schönberger, Rechtsfindung, S. ...)
- SCHOPENHAUER ARTHUR, Die Welt als Wille und Vorstellung, Zürcher Ausgabe, Werke in zehn Bänden, Zürich 1977 (zit. Schopenhauer, 2. Band, S. ...)
- SCHULTE JOACHIM, Ludwig Wittgenstein: Leben, Werk, Wirkung, Stuttgart 2005 (zit. Schulte, Wittgenstein, S. ...)
- SEILER HANSJÖRG, Das Verhältnis zwischen Richterrecht und formellem Gesetzgeber, in: LeGes 2016/3, S. 357 ff. (zit. Seiler, Richterrecht, S. ...)
- SEILER HANSJÖRG, Praktische Rechtsanwendung: Was leistet die juristische Methodenlehre?, Bern 2009 (zit. Seiler, Praktische Rechtsanwendung, S. ...)
- SILVA-ROMERO EDUARDO, Wittgenstein et la Philosophie du droit, Paris 2002 (zit. Silva-Romero, Wittgenstein)
- SLAUGHTER ANNE-MARIE, A Global Community of Courts, in: Harvard International Law Journal, Vol. 44, No. 1 (2003), S. 191 ff. (zit. Slaughter, Community, S. ...)
- SLAUGHTER ANNE-MARIE, A New World Order, Princeton 2004 (zit. Slaughter, World, S. ...)
- SPERTI ANGIOLETTA, United States of America: First Cautious Attempts of Judicial Use of Foreign Precedents in the Supreme Court's Jurisprudence, in: Groppi Tania/Ponthoreau Marie-Claire (Hrsg.), The Use of Foreign Precedents by Constitutional Judges, Oxford/Portland 2013, S. 393 ff. (zit. Sperti, Foreign Precedents, S. ...)

- St. Galler Kommentar zur schweizerischen Bundesverfassung, Hrsg.: Ehrenzeller Bernhard/Schindler Benjamin/Schweizer Rainer J./Vallender Klaus A., 3. A., Zürich/Basel 2014 (zit. SGK-BV, Autor, N. ... ad Art. ...)
- Stämpfli Handkommentar, Die Einleitungsartikel des ZGB: Art. 1–10 ZGB, Hausheer Heinz/Jaun Manuel, Bern 2003 (zit. Hausheer/Jaun, SHK, N. ... ad Art. ...)
- STEINMANN GEROLD, Denk-würdige Wiederwahl der Bundesrichterinnen und Bundesrichter, in: ZBl 1/2015, S. 1 ff. (zit. Steinmann, Wiederwahl, S. ...)
- STEINMANN GEROLD, Unbestimmtheit verwaltungsrechtlicher Normen aus der Sicht von Vollzug und Rechtssetzung: Eine Untersuchung anhand ausgewählter Erlasse, Diss., Bern 1982 (zit. Steinmann, Unbestimmtheit, S. ...)
- STRAUCH HANS-JOACHIM, Methodenlehre des gerichtlichen Erkenntnisverfahrens: Prozesse richterlicher Kognition, Freiburg/München 2017 (zit. Strauch, Methodenlehre, S. ...)
- STRAUCH HANS-JOACHIM, Mustererkennung und Subsumtion im Erkenntnisverfahren, in: Gabriel Gottfried/Gröschner Rolf (Hrsg.), Subsumtion: Schlüsselbegriff der Juristischen Methodenlehre, Tübingen 2012, S. 335 ff. (zit. Strauch, Mustererkennung, S. ...)
- SUNSTEIN CASS R., Legal Reasoning and Political Conflict, 2. A., New York 2018 (zit. Sunstein, Legal Reasoning, S. ...)
- SUNSTEIN CASS R., On Analogical Reasoning, in: Harvard Law Review, Vol. 106, No. 3 (January 1993), S. 741 ff. (zit. Sunstein, Analogical Reasoning, S. ...)
- TETENS HOLM, Philosophisches Argumentieren: Eine Einführung, München 2010 (zit. Tetens, Argumentieren, S. ...)
- THÜRER DANIEL, Das Willkürverbot nach Art. 4 BV, ZSR 106-2 (1987), II. Halbband, S. 413 ff. (zit. Thürer, Willkürverbot, S. ...)
- THÜRER DANIEL, Demokratie und Rule of Law im internationalen, staatlichen und transnationalen Recht: Eine kosmopolitische Perspektive, SRIEL Vol. 26 (1/2016), S. 7 ff. (zit. Thürer, Demokratie und Rule of Law, S. ...)
- TRILSCH MIRJA A., Die Justiziabilität wirtschaftlicher, sozialer und kultureller Rechte im innerstaatlichen Recht, Berlin/Heidelberg 2012 (zit. Trilsch, Justiziabilität, S. ...)
- TSCHANNEN PIERRE, Staatsrecht der Schweizerischen Eidgenossenschaft, 4. A., Bern 2016 (zit. Tschannen, Staatsrecht, § ... N. ...)
- TSCHENTSCHER AXEL, Grundprinzipien des Rechts: Einführung in die Rechtswissenschaft mit Beispielen aus dem schweizerischen Recht, Bern/Stuttgart/Wien 2003 (zit. Tschentscher, Grundprinzipien, S. ...)
- UHLMANN FELIX, Das Willkürverbot (Art. 9 BV), Habil., Bern 2005 (zit. Uhlmann, Willkürverbot, S. ...)
- VALLENDER KLAUS A., Die Auslegung des Steuerrechts unter besonderer Berücksichtigung der Aktienübertragung auf Holdinggesellschaften, Habil., 2. A., Bern/Stuttgart 1988 (zit. Vallender, Auslegung, S. ...)
- VOGEL JOACHIM, Juristische Methodik, Berlin/New York 1998 (zit. Vogel, Methodik, S. ...)

- VOLKMANN UWE, Grundzüge einer Verfassungslehre der Bundesrepublik Deutschland, Tübingen 2013 (zit. Volkmann, Verfassungslehre, S. ...)
- VOSSKUHLE ANDREAS, Der europäische Verfassungsgerichtsverbund, in: NVwZ 2010, S. 1 ff. (zit. Vosskuhle, Verfassungsgerichtsverbund, S. ...)
- VOSSKUHLE ANDREAS, Rechtsprechen, in: Kube Hanno/Mellinghoff Rudolf/Morgenthaler Gerd/Palm Ulrich/Puhl Thomas/Seiler Christian (Hrsg.), Leitgedanken des Rechts, Paul Kirchhof zum 70. Geburtstag, Band I, Heidelberg 2013, S. 931 ff. (zit. Vosskuhle, Rechtsprechen, N. ...)
- WALKER VERN R., Discovering the Logic of Legal Reasoning, Hofstra Law Review, Vol. 35, Issue 4 (2007), S. 1687 ff. (zit. Walker, Logic of Legal Reasoning, S. ...)
- WEIMAR ROBERT, Rechtsgefühl und Ordnungsbedürfnis, in: Lampe Ernst-Joachim (Hrsg.), Das sogenannte Rechtsgefühl, Jahrbuch für Rechtssoziologie und Rechtstheorie, Bd. 10, Bad Feilnbach 1985, S. 158 ff. (zit. Weimar, Rechtsgefühl und Ordnungsbedürfnis, S. ...)
- WEINREB LLOYD L., Legal Reason: The Use of Analogy in Legal Argument, Cambridge 2005 (zit. Weinreb, Legal Reason, S. ...)
- WIEACKER FRANZ, Zur praktischen Leistung der Rechtsdogmatik, in: ders., Ausgewählte Schriften, Bd. 2: Theorie des Rechts und der Rechtsgewinnung, Frankfurt a.M. 1983, S. 59 ff. (zit. Wieacker, Praktische Leistung der Rechtsdogmatik, S. ...)
- WIELAND WOLFGANG, Aporien der praktischen Vernunft, Frankfurt a.M. 1989 (zit. Wieland, Aporien, S. ...)
- WITTGENSTEIN LUDWIG, Philosophische Untersuchungen. Kritisch-genetische Edition, Frankfurt a.M. 2001 (zit. Wittgenstein, Philosophische Untersuchungen)
- WITTGENSTEIN LUDWIG, Tractatus logico-philosophicus, Werkausgabe in 8 Bänden, Bd. 1, Frankfurt a.M. 2006 (zit. Wittgenstein, Tractatus, Nr. ...)
- WOLFF CHRISTIAN, Vernünftige Gedanken von Gott, der Welt und der Seele des Menschen, auch allen Dingen überhaupt: den Liebhabern der Wahrheit mitgetheilet, Halle 1720 (zit. Wolff, Gedanken, § ...)
- VAN ZANTWIJK TEMILO, Subsumtion aristotelischer Tradition: Juristischer Syllogismus oder rhetorisches Argument, in: Gabriel Gottfried/Gröschner Rolf (Hrsg.), Subsumtion: Schlüsselbegriff der Juristischen Methodenlehre, Tübingen 2012, S. 25 ff. (zit. van Zantwijk, Tradition, S. ...)
- ZELLER ERNST, Auslegung von Gesetz und Vertrag: Methodenlehre für die juristische Praxis, Habil., Zürich 1989 (zit. Zeller, Auslegung, S. ...)
- ZIMMER GERHARD, Funktion – Kompetenz – Legitimation: Gewaltenteilung in der Ordnung des Grundgesetzes, Berlin 1979 (zit. Zimmer, Funktion, S. ...)
- ZIPPELIUS REINHOLD, Das Wesen des Rechts: Eine Einführung in die Rechtsphilosophie, 5. A., München 1997 (zit. Zippelius, Wesen des Rechts, S. ...)
- ZIPPELIUS REINHOLD, Juristische Methodenlehre, 11. A., München 2012 (zit. Zippelius, Methodenlehre, S. ...)

- ZOGLAUER THOMAS, Einführung in die formale Logik für Philosophen, 5. A., Göttingen 2016 (zit. Zoglauer, Formale Logik, S. ...)
- ZÜND ANDREAS, § 6: Beendigung der Anwesenheit, Entfernung und Fernhaltung, in: Uebersax Peter/Münch Peter/Geiser Thomas/Arnold Martin (Hrsg.), Ausländerrecht, Basel/Genf/München 2002, S. 207 ff. (zit. Zünd, Beendigung, S. ...)
- ZÜND ANDREAS, Verfassung, Demokratie, Rechtsstaat, in: Gross Andreas/Krebs Fredi/Stohler Martin/Wermuth Cédric (Hrsg.), Freiheit und Menschenrechte. Editions le Doubs, St. Ursanne 2018, S. 37 ff. (zit. Zünd, Verfassung, S. ...)
- Zürcher Kommentar zum Schweizerischen Zivilgesetzbuch, Hrsg.: Gauch Peter/Schmid Jörg, Band I, Einleitung, Art. 1–7 ZGB, Zürich 1998 (zit. ZK-ZGB, Autor, N. ... ad Art. ...)
- Zusatzbericht des Bundesrates zu seinem Bericht vom 5. März 2010 über das Verhältnis von Völkerrecht und Landesrecht vom 30. März 2011, BBl 2011 3613 (zit. Zusatzbericht Völkerrecht – Landesrecht, S. ...)

Stichwortverzeichnis

Abduktion 62 f., 65, 89, 222, 253

Abstimmungserfordernis 15 ff., 25,
229 (Fn. 1017), 236, 238, 248

adaequatio rei 94

Analogie 67 ff., 116 ff.

- direkte A. 75, 89, 122, 139, 140, 149; 152, 173 ff., 179 ff., 198 ff., 208, 227, 232, 256
- indirekte A. 75, 89, 122, 139, 142 f., 149, 152, 171 ff., 173 ff., 187 ff.; 208, 227, 232, 256

Anwendungsmassstäbe (s. Prämisse)

Anwendungsprämissen (s. Prämisse)

argumentum a pari 74

argumentum a simile 75

ars inveniendi 57

ars iudicandi 57

Auslegung

- Erstauslegung 62, 89, 92 f., 222 f., 246
- europarechtskonforme A. 42
- grundrechtskonforme A. 40 f.
- verfassungskonforme A. 36 ff.
- völkerrechtskonforme A. 41 ff.

Auslegungselement

- grammatikalisches A. 29 f.
- historisches A. 31
- systematisches A. 30 f.
- teleologisches A. 19, 31 f., 33

Auslegungsregeln (s. Auslegungselement)

Auslegungsziel (s. Regelungsidee)

authority

- *binding a.* 132, 135
- *mandatory a.* 132

Axiom (s. Prämisse)

Axiomatik 59 ff.

axiomatische Methode 47 f., 87

Beschleunigungsgebot 180

Bewertungsspielraum 209

Boultif-Kriterien 198 f., 200, 256

Brewer, Scott 62 f., 93, 117 ff.

Bung, Jochen 228 f.

canones (s. Auslegungselemente)

Case Law 116 ff., 163 ff., 179 ff., 198, 201 ff., 254

Common Law 120 ff., 173 ff., 208, 253 f.

daimonion 234

Deduktion / deduktiv 2, 46, 49 ff., 52 ff. (Justizsyllogismus), 57 ff., 64 f., 68, 118 f., 162, 207, 226 f., 253, 258 (Justizsyllogismus), 258, 262

Definition

- analytische D. 50 f., 55, 60, 87 f.
- synthetische D. 50 f.

EGMR 3, 185 ff.

Emre-Kriterien 198 f., 256

EMRK 113 f., 185, 187 ff., 195 ff., 198

Engisch, Karl 54, 96

Entscheidfindung 97 ff., 252 ff.

Erkennen

- mittelbares E. 45, 49, 53, 62, 64
- unmittelbares E. 17, 45, 53, 55

Erkenntnismodell 2, 23 ff., 228
Erkenntnisprozess 1, 23, 25 ff., 45,
90 ff., 209 ff., 251 ff.
erkenntniserhaltendes Verfahren 2
(s.a. wahrheitserhaltend)
Erstauslegung (s. Auslegung)
EuGH 85, 183, 184 f.
Evidenz 14, 16 f., 45, 53, 88

Fallentscheidungsregeln 125 f.,
137 ff., 142 ff., 148 ff., 150 ff.,
154, 156, 174, 198, 203, 223,
255 f.
flankierende Geltung (Grundrechte)
161 f., 258
Föderalismus 242
Freizügigkeitsabkommen 42, 103,
183 f., 249

Gefühl 16, 25, 233 ff.
Gerechtigkeit / gerecht 4, 10, 12, 14,
84, 100, 180, 216, 218, 229 ff.,
233 f., 236, 243, 248 f., 256,
260 f.
Gesetzesbindung (s. Rechtsbindung)
Gesetzgebung 8 f., 11 f., 18 ff., 28 ff.,
48 ff., 58, 60, 70, 73, 80, 87, 90,
103, 111, 126 f., 147, 154, 157 ff.,
213, 215, 219, 225, 238, 241,
244 ff., 249 f., 260, 262
Gewährleistungspflicht 165
Gewaltenteilung 4, 135, 244 f., 249 f.
governing idea (s. *governing
principle*)
governing principle 118 f., 122, 171,
174

Grenzkriterien 125, 143, 146 ff.,
179 ff., 195 ff., 203 f., 210, 223 f.,
258
Grundrechte 108 ff., 159 ff., 258
Grundrechtskollision 166 ff.
– tri-/mehrpole G. 160, 167 f.,
170, 172, 207
guiding principles (s.a. *Boultif*-Krite-
rien, *Emre*-Kriterien) 198

Harmonisierung 8, 11, 37, 41 ff., 91,
195 ff., 206 f.
Hypothesenbildung (s.a. Abduktion)
62, 65, 88 f., 92 f., 221 f., 253 f.

Induktion 63 f., 68, 75, 113, 118,
146, 200
Instanzenzug 7 ff., 104 f., 146, 211,
238 f., 243
Interessenabwägung (s.a. Verhältnis-
mässigkeitsprüfung, strukturierte
Verhältnismässigkeitsprüfung)
81, 108, 169 ff., 195 ff., 204 f.,
223 f., 248, 258

Judikative 244 ff.
Judikatives Recht 9, 60, 90, 155, 183,
203, 224, 246, 251 ff.
Justiziabilität 159 ff.
Justizsyllogismus (s. a. Deduktion,
Syllogismus) 52 ff., 258 f.

Kant, Immanuel 45, 78, 212
Kierkegaard, Søren 25
Kognition 9, 26, 180, 221, 230, 242
Kollegialsystem 235, 237, 248

Lamond, Grant 132

Larenz, Karl 29, 54

Legalitätsprinzip (s. Rechtsbindung)

Legislative 226, 244, 250

(s. a. Gesetzgebung)

lex posterior 11

lex specialis 11, 104, 221, 232

Logik

- deduktive L. 2, 49 ff., 52, 65, 91, 226 f., 253, 258, 262 (s.a. Deduktion / deduktiv, erkenntniserhaltendes Verfahren)
- formale L. 45, 87
- juristische L. 46 f., 219
- syllogistische L. 50, 52 f., 57 (s.a. Deduktion / deduktiv, Justizsyllogismus)

Lücke

- echte L. 70 f.
- unechte L. 70 f.

Luhmann, Niklas 15

margin of appreciation 169, 206

Mehrebenensystem 3

Menschenrechte 159 ff., 198 ff., 222 f., 258

Methodenpluralismus 19, 32 f., 81, 216

Methodologie / methodologisch 4 f., 11 f., 19, 20 ff., 123 ff., 148 ff., 226 ff., 259 ff.

Methodik des Fallrechts 123 ff., 148 ff., 226 ff., 259 ff.

Mindestkriterien 210
(s.a. Grenzkriterien)

modus barbara 52, 99

modus ponens 49

modus tollens 49

Müller, Jörg Paul 40

Nachteilsausgleich 178 f.

normakzessorisch (Präjudizienrezeption) 137, 173

Normbildung 8 f., 244 f.

Norminterpretation 2, 11, 33, 72, 202, 205, 208

Normkollisionsregeln 42 f., 161 f.
(s.a. *lex posterior*, *lex specialis*)

Normkonkretisierung (s. Axiomatik, axiomatische Methode)

- abstrakt-regelartige 60, 75, 107 f., 139, 149, 152, 154, 171, 198, 208, 223 f. (s.a. Regelbildung)

Normschutzgehalt 202

Normsinn 4, 12 f., 27, 30, 33, 50, 65, 72 f., 84, 87 f., 108, 113, 128, 139 ff., 143 f., 152, 154 ff., 228 f., 246, 262

- als Grenze der Auslegung 33

Obersatz 52, 54, 73

obiter dicta 132, 134 f.

Öffentliches Recht 2 f., 5, 8, 10, 17, 21, 209, 214 ff., 248, 251 ff.

Operabelmachen 59 ff., 64, 87, 104, 111, 161, 222 ff. (s.a. Operationalisierung)

Operationalisierung 161, 163, 221 ff., 227

opinio iuris communis 200 f.

Optimierungsgebot 13, 113 ff., 145 ff., 219, 224, 256, 261

Parallele des Nichtwissens (Sokrates) 230 f., 261

Parlament 8, 236 f., 244 f., 250
(s.a. Gesetzgebung)

Parteienproporz 237, 248

PKK-Praxis 42 f., 162

Präjudiz 2, 116 ff., 123 ff., 129, 135 ff., 141, 143, 159 ff., 201 ff., 254 ff.

Präjudizielle Erwägungen (s.a. Fallentscheidungsregeln) 124 ff., 137 ff., 142 ff., 145 ff., 148 ff., 150 ff., 154 ff., 173 f., 180, 200, 219, 222, 224 f., 227, 252 f., 255 f., 260 ff.

Präjudizienrecht 92, 198, 256

Präjudizienrezeption 33, 45, 63, 74, 116 ff., 159 ff., 173 f., 195, 217, 222, 251

Prämisse

- Anwendungsprämissen 49 ff., 58 f., 65 f., 87 ff., 111 ff., 125 ff., 153 f., 180 ff., 221 ff., 226 f., 251 ff.
- Hyperprämisse 55, 60, 90
- Operative 60

Präzedenzfall 121 (s.a. Präjudiz)

Praktische Konkordanz 43, 104, 168, 206 f., 221

Praxisänderung 113, 125, 129, 131, 141 f., 147, 150, 217 f., 222, 255

preferred position 170

qualifiziertes Schweigen 70 f.

Radbruch, Gustav 215

ratio decidendi 134 f., 208

ratio legis 32 f., 128, 141, 213, 215 f.

Raz, Joseph 121 f.

Rechtsanwendung 3, 18 ff., 213 f., 209 ff., 251 ff.

- verfassungsrechtliche Struktur 44, 93, 95, 123 ff., 135 ff., 210 ff., 254 ff., 259 ff.

Rechtsbegriff, unbestimmter 106, 201, 217, 224, 246

Rechtsbindung 3, 6, 24, 44, 58, 91, 95, 126, 144, 154, 210, 214 f., 224, 226, 229, 245, 249, 253, 259

Rechtsdogmatik (s.a. Methodologie, Methodik des Fallrechts) 5, 7, 11, 14, 17, 23, 25, 60, 84, 95, 99, 120, 141, 149, 234 f., 248, 259 ff.

Rechtserkenntnis 1 ff., 44 f., 52 ff., 104 ff., 251 ff.

Rechtsfindung 10 ff., 23 ff., 44 ff., 57 ff., 123 ff., 185 ff., 226 ff., 251 ff. (s.a. Rechtserkenntnis)

Rechtsfortbildung 30, 34 f., 69, 158, 217, 247

Rechtsgleichheit 12 f., 56, 111 ff., 148 ff., 178 f., 216 ff., 224, 255 ff.

Rechtskontrolle 7, 9, 96

Rechtsprechungsverbund 183 ff., 206, 208, 223

Rechtssatzartig (s.a. Präjudizielle Erwägungen, Analogie, direkte) 148 f., 152, 171 ff., 179 ff., 205, 208, 256

Rechtssicherheit 14, 115, 144, 146 f., 153, 255, 259

Reduktion (s. Induktion)

refus de statuer 180

Regelbildung 8 f., 62, 111 ff., 119, 140, 149, 155, 173 f., 221 f., 255 ff., 260 f.

Regelungsidee 33 f., 105 ff., 122, 142, 146, 152, 155, 163, 171 ff., 173 ff., 187 ff., 216, 219, 222, 225, 227 f., 229, 253 ff.

Regeste 151, 202, 260

Rhinow, René 5, 21

Richterwahl 236 f.

Richtigkeitsintention 14, 51 f., 85,
87 f., 94 f., 113 ff., 145 ff., 155,
227, 233, 235, 261

Rügeprinzip 66, 221, 242

Rule of Law 130, 134

Sachverhaltsbindung 95 f.

Satz vom Widerspruch 46

Schauer, Frederick 133

Schopenhauer, Arthur 26

Schubert-Praxis 42 f., 103

Selbstreferenzialität 235, 261

Situativität 96 f., 220, 230, 261

Spruchkörper 2, 11, 14 ff., 53, 60 f.,
95, 125, 130, 138, 227, 229, 237,
258 (s.a. Kollegialsystem)

stare decisis 128 ff., 132 ff., 145

Subordination 91, 97 ff., 220 f., 228

Subsumtion 2, 13, 52 ff., 57, 59,
179 ff. (s.a. Justizsyllogismus)

Sunstein, Cass 116, 172

Supreme Court 129 ff., 225, 233

Syllogismus (s.a. Deduktion / deduk-
tiv, Justizsyllogismus)

– Justizsyllogismus 52 ff., 253,
258 f.

Tatsachengerichte 9 f.

Teleologische Gesetzesauslegung
(s. Auslegungselement, teleo-
logisches)

Umkehrschluss 69, 71

Unabhängigkeit 3, 24, 210 f., 234,
245, 263

Untersatz 52 ff., 73

Urteilsbegründung 28, 58, 69, 89,
99 f., 109, 143, 226, 229, 235,
239, 260

Urteilsfindung 8, 23 (s.a. Rechts-
findung)

Urteilsgründe 8 (s.a. Urteilsbegrün-
dung)

Verantwortung 212, 234

Verbundgerichte 183, 206, 223
(s.a. Rechtsprechungsverbund)

Verfassungsprinzipien 3, 13, 240, 255

Verfassungsrecht, Prozessuales
180 ff., 243

Verfassungsrechtsprechung 5, 10, 15,
17, 27, 116 ff., 159 ff., 171 f.,
251 ff.

Verhältnismässigkeitsprüfung 108 ff.,
169 ff., 195 ff., 210, 258

– strukturierte V. 169 ff., 204 f., 207

Wahrheit 14, 50, 94, 257 ff.

– materielle W. 14

wahrheitserhaltend (s.a. Deduktion /
deduktiv) 45 ff., 50 f., 227 f., 258,
262 f.

wahrheitserweiternd 59 ff., 226 ff.,
254, 257 ff.

Weinreb, Lloyd 118

Wertungserfordernis 84 ff., 228 ff.,
257 ff.

Willkürverbot 13, 24, 80, 127, 149,
158, 216 ff.

Wittgenstein, Ludwig 29, 82

Wortlaut 18 ff., 24, 30, 39, 61, 73,
81 ff., 84, 86, 159, 213 ff.

Zirkularverfahren 237

Zivilrecht 3, 20, 44, 114, 211, 230

Das Werk untersucht den Erkenntnisprozess richterlicher Entscheidungsfindung. Das Interesse richtet sich auf jene Erkenntnisschritte bundesgerichtlichen Entscheidens, die über die klassischen juristischen Methoden hinausgehen. Dabei zeigt sich eine spezifische Relevanz des Verfassungsrechts, das die Entscheidungsfindung normiert, wie auch die massgebliche Bedeutung von Präjudizien. Die Autorin beleuchtet insbesondere die Präjudizienrezeption mittels gerichtlicher Fallentscheidungsregeln, sog. *Präjudizieller Erwägungen*, und deren Bedeutung für die Norminterpretation. Die Analyse erfolgt im Bereich der Grundrechte unter Darlegung des Rezeptionsprozesses der Rechtsprechung des EGMR sowie unter rechtsvergleichender Analyse des US-Case Law. Ziel der Arbeit, die sich an die Wissenschaft wie auch an Gerichts- und Behördenmitglieder richtet, ist eine Erweiterung der Methodenlehre im Lichte der aktuellen höchstgerichtlichen Praxis.

Dike Verlag, Zürich/St. Gallen



Manz Verlag, Wien



Nomos Verlag, Baden-Baden

